

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE LA BONORUM VENDITIO

EN DROIT ROMAIN

ET

DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE CAEN

Le mardi 13 mars 1894, à 3 heures 1/2

PAR

BENOIT COURTOIS

Avocat à la Cour d'appel d'Angers

PRÉSIDENT :	M. DANJON, <i>Professeur.</i>
SUFFRAGANTS :	MM. VILLEY, <i>Professeur-Doyen.</i>
	CARRÉ DE MALBERG, <i>Agrégé.</i>
	BIVILLE, <i>Agrégé.</i>

ANGERS

LACHÈSE ET C^{ie}, IMPRIMEURS-LIBRAIRES

4, Chaussée Saint-Pierre, 4

1894

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE LA BONORUM VENDITIO

EN DROIT ROMAIN

ET

DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE CAEN

Le mardi 13 mars 1894, à 3 heures 1/2

PAR

BENOIT COURTOIS

Avocat à la Cour d'appel d'Angers

PRÉSIDENT : M. DANJON, *Professeur.*

SUFFRAGANTS : { MM. VILLEY, *Professeur-Doyen.*

CARRÉ DE MALBERG, *Agrégé.*

BIVILLE, *Agrégé.*

ANGERS

LACHÈSE ET Cie, IMPRIMEURS-LIBRAIRES

4, Chaussée Saint-Pierre, 4

1894

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DE LA « BONORUM VENDITIO »

INTRODUCTION

« Isolé de la philosophie et de l'histoire,
le droit n'est plus que la froide analyse
d'un texte ou d'un précepte. »

GIRAUD.

Si l'on considère les aspirations des peuples modernes, il est difficile de ne pas reconnaître qu'elles tendent toutes vers un développement industriel qui semble devoir assurer à la nation la plus commerçante la grandeur et la suprématie ¹. Les transactions entre particuliers dépendant ou non d'un même État, et cette fièvre croissante de la concurrence, ont provoqué un mouvement tel que la législation commerciale a, selon nous, enfanté, dans un ordre d'idées encore plus vaste que le sien, une science d'avenir

¹ De là découlent les progrès considérables qui ont été accomplis par les législations belge, italienne et allemande dans la réglementation de leurs intérêts commerciaux. Et nous-mêmes, par la promulgation de la loi du 4 mars 1889 sur la *liquidation judiciaire*, nous avons fait un pas décisif en avant. Une refonte complète des dispositions de notre Code sur la faillite s'impose et ne saurait tarder.

que l'on a dénommée : l'*Économie politique*. De nos jours, la vitalité d'un peuple se mesure principalement à son activité commerciale.

Telle n'a point été la note dominante du génie romain ¹.

Dès les premiers temps de la fondation de Rome, cette ville, qui devait être un jour proclamée la maîtresse de l'univers, ne connaît, en dehors du butin de guerre, que le fruit du labeur des champs ²; elle méprise assez le négoce pour l'interdire aux citoyens et ne le permettre qu'aux esclaves et aux étrangers ³.

¹ Les Grecs, au contraire, resserrés par la mer sur un territoire dont les neuf dixièmes sont couverts de montagnes, préfèrent aux ressources de l'agriculture les profits de la vie maritime (Saumaise, *de Modo usurarum liber*, cap. vi, p. 224. Lugd. Batavor., ex off. Elzev., 1639). Ils entretiennent des relations commerciales avec leurs voisins de Syrie et d'Égypte, ils fondent des colonies sur les côtes de l'Asie Mineure et de la Grande Grèce, et leur législation qui n'omet de régler aucune des principales manifestations du crédit (prêt à intérêt, cautionnement, gage, antichrèse, hypothèque) semble même avoir devancé les législations juive et italienne du moyen âge dans l'invention de la lettre de change : cette dernière opinion repose sur un passage du plaidoyer d'Isocrate pour le fils de Sopæos contre le banquier Pasion (Isocrate, *Trapézitique*, §§ 35 et 36, édit. Tauchnitz, c. xix). Sic Caillmer, *Études sur les antiquités juridiques d'Athènes*, 2^e étude : *Lettre de change et contrat d'assurance*. Contra Egger, *Mémoires d'histoire ancienne et de philologie*, pp. 130 à 132 (éd. 1883.)

² Jusqu'à l'époque de Constantin, l'agriculture est considérée comme la seule profession qui soit en rapport avec la dignité du citoyen romain (Caton, *de Re rustica*).

³ Denys d'Halicarnasse, liv. II, § 28. « Les citoyens romains, écrit Montesquieu (*Grandeur et Décadence des Romains*, ch. x, *in fine*) regardaient le commerce et les arts comme des occupations

Sous Romulus et Servius, exercer un métier est une honte, et, si l'on en croit Plutarque¹, le commerce ne prend une certaine extension qu'à dater du règne de Numa, car à cette époque remonte pour les commerçants l'usage de se grouper en corporations.

Quoi qu'il en soit, le caractère romain garde toujours très pure, surtout chez les patriciens, cette austérité pleine de mépris à l'endroit du commerce : nous n'en voulons d'autre preuve que ce passage de Cicéron où nous trouvons relaté, près de 700 ans depuis la fondation de Rome, « comme bas et sordide le métier des mercenaires et généralement de tous ceux dont on paye le travail ou le talent, car le salaire seul est pour eux un contrat de servitude². »

Non, ce qui excite l'admiration dans l'étude du génie romain, ce n'est point une passion, comme est la nôtre, pour le commerce et la richesse qui en dérive, mais bien plutôt un sens pratique, une logique dans les conceptions, un esprit de suite dans les institutions, en un mot, une connaissance parfaite de l'homme, de laquelle jaillit une législation forte et merveilleusement conforme aux besoins de la société.

d'esclaves : ils ne les exerçaient pas. S'il y eut quelques exceptions, ce ne fut que de la part de quelques affranchis qui continuaient leur première industrie.... » Adde Niebuhr, *Histoire romaine*, trad. de Golbéry, t. II, p. 591 (édit. 1830).

¹ Plutarque, *Vita Numæ*, § 28. Adde Tit.-Liv., liv. II, ch. II.

² Cicéron, *de Officiis*, liv. I, ch. XLII. Adde : Dureau de la Malle, *Écon. polit. des Rom.*, p. 367, et Montesquieu, *Grand. et Déc. des Rom.*, ch. VIII, IX, X.

L'homme a incontestablement des droits. Supposons en effet deux citoyens romains ayant entre eux des rapports de créancier à débiteur : il est de toute évidence que l'un pourra demander à l'autre d'acquitter le montant de son obligation. C'est là un principe de raison universelle, qui relève même du droit naturel. Mais le *vinculum juris* qui astreint le débiteur au paiement de sa dette a beau être une nécessité ¹, il n'en constitue pas moins une règle purement abstraite : c'est ainsi que pour l'éluder le débiteur pourra faire la sourde oreille, éviter la rencontre de son créancier, s'absenter ou plus simplement refuser de s'exécuter. Le mauvais vouloir du débiteur ne doit point ainsi primer le droit du créancier : tout droit réclame une sanction ; et voilà pourquoi, ne laissant pas à la conscience seule le soin d'arrêter les écarts de la volonté humaine, les Romains avaient organisé de puissants moyens de contrainte pour rappeler aux débiteurs la fidélité qu'ils doivent à leurs engagements. Il est bien sans doute de développer dans le cœur de l'homme les sentiments de loyauté que la nature y a déposés ; mais il faut aussi compter avec ses mauvais penchants : c'est donc un devoir pour le pouvoir social, commandé par l'ordre public, de prévenir une ruine générale que ne manquerait pas d'entraîner la violation réitérée des engagements.

¹ Just., *Inst.*, III, XIII : *de Obligat.* : « *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura.* » Cf. C. civil, art. 1134.

L'étude des voies d'exécution imaginées à Rome contre les débiteurs nous offre un caractère particulièrement intéressant, car elles sont le miroir fidèle, aux époques où elles sont nées, du degré de civilisation du peuple romain.

A l'origine, le rigorisme des mœurs entraîne la rigidité de législation. Inculte et barbare, le Romain fait des lois dont la sévérité reflète sa rudesse de caractère : voilà pourquoi, les moyens d'exécution qu'il imagine sont violents comme est dure sa nature primitive. La personne du débiteur répond corporellement et en première ligne de sa dette : ainsi le veut « la logique du droit barbare ¹ » ; quant à ses biens, ils servent de garantie simplement accessoire. Aux termes de la loi des XII Tables ², le débiteur subit soixante jours de captivité chez son créancier ³, puis, si la dette n'est pas éteinte à l'expiration de ce délai, il est vendu *trans Tiberim* ou mis à mort ⁴ ; enfin, au cas de concours entre plusieurs créanciers, ceux-ci peuvent couper son corps et s'en partager les morceaux ⁵. En un mot, pendant cette première période d'une durée approximative de plus de 600 ans ⁶, la

¹ Troplong, *Droit civil*, t. XVIII : *De la contrainte par corps*. Préface, p. v.

² Table III.

³ Gaius, *Inst.*, IV, 21 ; Aul.-Gell., *Noct. attic.*, XX, 1.

⁴ Aul.-Gell., *eod. loc.*

⁵ Quintilien, *Instit. orat.*, III, 6 ; Tertullien, *Apologet.*, ch. iv.

⁶ Ou de trois siècles et demi, si l'on compte seulement depuis l'affichage des XII Tables au Forum en 305 (U. C.) jusqu'à l'institution de la *Bonorum Venditio* par Publius Rutilius Rufus, qui fut consul en 649 (U. C.).

saisie de la personne du débiteur précède toujours ou à tout le moins accompagne la saisie de ses biens.

Mais peu à peu cette civilisation presque rudimentaire s'évanouit, pour faire place à des idées d'un ordre plus recherché. Les natures perdent leur âpreté de caractère de même que les esprits deviennent plus cultivés, et le prêteur, aveuglé jusqu'ici par la seule nécessité de sauvegarder les intérêts des créanciers, commence à discerner les côtés parfois intéressants de la situation des débiteurs, il cherche une institution qui puisse empêcher la cruauté dans l'exécution, tout en prévenant la crainte de voir l'obligation inaccomplie. Cette institution fut la *Bonorum Venditio*, qui forme l'objet de notre thèse. Désormais le créancier non payé pourra se faire envoyer en possession de l'universalité des biens de son débiteur et il en obtiendra la vente pour se désintéresser sur le prix. Sans doute, durant cette deuxième période d'environ 400 ans ¹, la personne reste encore saisissable, mais du moins la *ductio* autorisée par le magistrat n'entraîne plus comme autrefois une servitude perpétuelle. Le prêteur corrigeait ainsi par la voie si naturelle de l'exécution sur les biens les raffinements barbares de l'exécution sur la personne édictés par le vieux droit civil.

¹ Depuis la création de la *Bonorum Venditio* jusqu'à sa disparition qui coïncide avec la chute du système formulaire (Constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, promulguée en l'an 1047 pour l'empire d'Orient, et en l'an 1058 pour l'empire d'Occident, ans 294 et 305 de notre ère).

Enfin, l'esprit et le droit, se perfectionnant au cours des siècles, amènent de nouveaux progrès dans la manière de concevoir et de légiférer. Le prêteur avait été impuissant à retirer à la vente des biens le caractère pénal qui déjà frappait l'exécution sur la personne. Les Empereurs suppriment l'infamie qu'entraîne la vente en masse, et, analysant plus à fond l'idée qui avait inspiré le régime de la *Venditio*, ils établissent, sous la forme de la *Bonorum Distractio*, la faculté de vendre les biens en détail; puis ils instituent pour le débiteur insolvable, mais honnête, un moyen d'éviter l'emprisonnement par l'abandon volontaire de son patrimoine à ses créanciers. La personne du débiteur, entourée d'une protection de plus en plus grande, n'est donc pas complètement à l'abri de l'emprisonnement, mais au moins, grâce à la cession de biens, l'insolvable peut toujours garder au cœur l'espérance de la liberté¹.

Tel est à Rome le tableau saisissant que nous offre le développement logique des institutions allant de concert avec la correction grandissante des mœurs. Il y a loin de cette idée de vengeance qui se fit jour la première à l'exécution sur les biens, puis à cette distinction entre le débiteur malheureux et le débiteur de mauvaise foi, qui ne perça que fort tard : étude profondément intéressante pour le philosophe désireux de suivre pas à pas, à travers huit à dix siècles de

¹ Nov. CXXXV.

progrès, la marche accomplie dans l'amélioration du sort des classes pauvres ; étude non moins intéressante pour le jurisconsulte, bientôt frappé de l'analogie si évidente qui existe entre le développement des voies romaines d'exécution et la marche progressive de nos voies de contrainte, depuis les rigueurs du droit gaulois jusqu'à cette faveur de la liquidation judiciaire accordée par une loi récente du 4 mars 1889 aux débiteurs malheureux et de bonne foi.

Du système d'exécution organisé par la loi romaine nous détacherons la *Bonorum Venditio*, pour en saisir les détails remplis d'actualité. En instituant la vente en masse des biens du débiteur, le préteur s'est en effet préoccupé surtout de maintenir l'égalité la plus stricte entre les créanciers, base fondamentale de nos propres lois sur la faillite ; et ce rapprochement est loin d'être isolé. Aussi bien, croyons-nous vrai de dire, sans vouloir généraliser davantage notre pensée, que cette institution, riche en détails les plus typiques sur la vieille société romaine, n'est pas moins féconde en principes juridiques qui pour la plupart ont inspiré notre législateur français ¹.

De là, pour connaître le sens vrai de l'organisation

¹ Renouard (*Traité des faillites et banqueroutes*, I, p. 19) va encore plus loin : « Toutes les législations modernes sur les faillites, malgré les différences introduites dans les divers droits nationaux, ont pour commune origine cette procédure romaine qui s'appliquait aux débiteurs non commerçants comme aux commerçants. »

de la faillite en France, la très grande utilité d'avoir une notion approfondie de la *Bonorum Venditio* qui lui a servi de modèle.

Nous distinguerons dans notre travail trois parties, correspondant presque exactement à la triple division adoptée pour l'étude de la procédure à Rome.

Dans la première, qui se réfère à la procédure des *Legis Actiones*, nous rechercherons l'origine de la *Bonorum Venditio* et les causes qui provoquèrent son introduction ; nous entreprendrons dans une deuxième partie, correspondant à la période formulaire, l'étude proprement dite de la *Bonorum Venditio* ou vente en masse des biens des débiteurs ; enfin dans notre troisième partie, dont le point de départ est le même que celui de la procédure extraordinaire, nous verrons comment disparut ce mode d'exécution pour faire place à la vente en détail, appelée *Bonorum Distractio*.

PREMIÈRE PARTIE

ORIGINE DE LA « BONORUM VENDITIO »

« *Jus honorarium viva vox est
juris civilis*¹. »

MARCIEN.

La *Bonorum Venditio* est une voie d'exécution sur les biens, par laquelle un créancier fait vendre en bloc le patrimoine de son débiteur, commerçant ou non commerçant, peu importe, tant en son propre nom qu'au nom des autres créanciers.

Ainsi, d'après cette définition, il est fait tout d'abord une masse composée de tous les biens du débiteur, puis cette masse entière, cette universalité, on la vend pour la convertir en une monnaie plus facilement partageable entre les divers créanciers : tel est le caractère général et distinctif de la procédure que nous allons étudier.

¹ I. 8, Dig., de *Just. et jur.*, I, 1.

La *Bonorum Venditio* doit son origine à l'initiative du prêteur¹ : elle est tout à l'honneur du prêteur Publius Rutilius qui introduisit aussi l'Action Rutilienne².

Mais la date exacte de l'innovation est moins facile à préciser, car l'histoire mentionne deux magistrats de ce nom qui vécurent, l'un à la fin du vi^e siècle de Rome, l'autre vers le milieu du vii^e siècle. S'agit-il de Publius Rutilius Calvus, dont la préture remonte à l'an 586³, ou plutôt de Publius Rutilius Rufus, qui fut consul en l'an 649⁴ ? Il y a doute : toutefois l'opinion la plus généralement admise par les romanistes, c'est que le prêteur dont parle Gaius est Publius Rutilius Rufus, le plus jeune des Rutilius. Né vers l'an 596 (U. C.⁵) il fut le contemporain de Cicéron, dont il s'attira fréquemment les éloges comme orateur⁶ et comme jurisconsulte⁷ : en 649 il devint consul, et mourut en exil, vers l'an 679, victime de la vengeance des chevaliers dont il avait osé réprimer les rapines en Asie⁸.

¹ Cic. (*pro Quintio*, § 19) dit en effet à son adversaire : « *Recita edictum.* »

² Gaius, *Inst.*, IV, 35.

³ Tite-Live, XLV, 44.

⁴ Cic., *pro Plancio*, 21. Peut-être fut-il consul en 648 (Accarias, *Préc. de Droit romain*, t. II, p. 172, note 4), ou même en 645 (Laferrière, *Hist. du Droit français*, t. I, p. 296, note 31).

⁵ A. Rivier, *Introd. historique au Dr. rom*, p. 209, édit. 1884.

⁶ *De Orat.*, I, 53 et II, 69.

⁷ Brutus, 22 et 30.

⁸ Pomponius, L. 2, § 40, Dig., *de Orig. jur.*, I, 2 ; Ulpien, L. 1, § 1 ; Dig., *de Bon. libert.*, XXXVIII, 2 ; Tacite, *Ann.*, IV, 43. Sic Zimmern, *Traité des Actions*, trad. d'Etienne, p. 232 ; Tambour, *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans*

Si donc on rapporte à ce préteur la *Rutiliana Constitutio*, la *Bonorum Venditio* daterait de la première moitié du VII^e siècle.

le droit romain et dans l'ancien droit français, t. I, p. 108 ; Keller, *de la Procédure civile et des Actions chez les Romains*, trad. de Ch. Capmas, p. 412 ; Bonjean, *Traité des Actions*, t. II, p. 551, note 1.

L'argument que l'opinion adverse essaie de tirer d'une Loi Thoria ne saurait nous toucher. Dans son chapitre XXVI^e (édit. Giraud, *Jur. ant. fragm.*, Paris, 1873), la loi Thoria, promulguée en 643, contient la mention du *bonorum emptor*, ainsi que du *curator* et du *magister* qui représentent les créanciers au cours de la procédure. Or, dit-on, la nomination du *curator*, formalité purement facultative, constitue un usage qui s'est lentement développé après la création de la *Bonorum Venditio*. Il est donc naturel d'opter pour le plus ancien des deux Publius Rutilius, car l'on obtient ainsi entre l'innovation du préteur et la Loi Thoria un intervalle d'environ 60 ans.

A ce raisonnement, si naturel qu'il puisse être, nous préférons une argumentation plus juridique, basée sur le système d'élaboration des édits. Si le préteur cherchait par de nouvelles prescriptions à tourner le droit civil tout en le respectant, c'est qu'il obéissait à une raison supérieure qui lui commandait de donner force de loi, dans l'intérêt de tous, à un usage déjà établi. Rutilius édicta la *Bonorum Venditio* en ce sens qu'il revêtit d'une forme classique une coutume, « un emploi fort ancien... dans tous les cas de déconfiture, lorsqu'il y avait des créances à liquider ou à réduire en *certa pecunia*. » (Ch. Giraud, *Des Nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains*, p. 148, à propos du *curator bonis dandus* mentionné dans la L. Thoria.) Il régularisa ce qui avait pénétré dans les mœurs avant lui, et de la sorte on s'explique comment un usage, relaté dans la Loi Thoria en 643, devient loi, grâce à l'initiative prétorienne, quelques années après, et fonctionne législativement en 672 à l'époque de Cicéron. Sic Rudorff, *Zeitschrift*, t. X, p. 173 ; Huschke, dans *Richters Jahrbücher*, 1841, p. 608 ; Puchta, *Curs. der Inst.*, t. II, p. 240 (3^e édit., Leipzig, 1837). Contra Ch. Maynz, *Cours de Dr. rom.*, t. II, § 299, note 36, p. 601.

Dans tous les cas, on ne saurait contester que cette institution suivit de près la création du système formulaire¹, et qu'elle fût en pleine vigueur au temps de Cicéron : la plaidoirie *pro Quintio*, prononcée en 672 (U. C.) en fait suffisamment foi par son objet qui est tout entier relatif à cette voie d'exécution.

L'origine prétorienne de la *Bonorum Venditio* en fait une institution qui doit avoir ses racines dans le passé. Le droit civil est le droit le plus pur des Romains et toute la mission des préteurs se borne « à le fortifier, à le compléter ou à le corriger² » L'innovation est rarement absolue : on améliore sans jamais radicalement détruire, et l'on respecte assez les traditions pour préférer, à la réforme directe qui s'impose, le moyen de rajeunir la prescription qui a vieilli : on tourne la loi.

¹ Le système formulaire fut établi par la Loi *Æbutia* et les deux Lois *Julia* (Gaius, IV, 30.) La Loi *Æbutia* fut portée vers la fin du VI^e siècle de Rome : entre les années 520, 577 et 583 qui nous présentent des tribuns du nom d'*Æbutius*, il faut, croyons-nous, opter pour l'une des deux années 577 et 583. (Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 845, note 1 ; Ortolan, *Législation romaine*, t. I, p. 207.) On pourrait même s'arrêter de préférence à l'année 583, si, contrairement à notre avis, on fixe l'introduction de la *Venditio* à l'an de Rome 586, car la Loi *Æbutia* supprima la *Manus injectio*, du moins en ce sens qu'elle en effaça les paroles solennelles et les conséquences terribles ; or il est vraisemblable que l'organisation de la *Venditio* suivit de très près la disparition de la *Manus injectio*. — Quant aux deux *Leges Juliae*, la plus récente appartient certainement à Auguste et doit être la « *Lex Julia judiciaria privatorum* » (an 729 U. C.) ; l'autre est une loi d'Auguste, la « *Lex Julia judiciaria publicorum*, » ou plutôt une loi judiciaire de Jules César, remontant par conjecture à l'an 708 (U. C.).

² « *Adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia.* »

Il en fut ainsi pour la *Bonorum Venditio* : « En cela, écrit Tambour¹, comme dans les autres matières du droit, le préteur a plutôt imité, étendu, modifié d'anciennes institutions, qu'imaginé des moyens tout nouveaux. »

Et de ce principe nous déduirons avec lui cette conséquence : « Le vieux droit civil doit donc être le point de départ de nos recherches ; car il nous offrira au moins le germe du système qui se développera plus tard. »

Cette première partie comprendra trois chapitres : un premier chapitre, consacré aux voies d'exécution sur la personne des débiteurs ; un deuxième relatif aux voies d'exécution sur les biens qui existaient ou pouvaient bien exister au temps des *Legis actiones* ; enfin un troisième et dernier, réservé à l'étude des causes qui amenèrent la création de la *Bonorum Venditio* et des sources auxquelles le préteur vint puiser l'idée mère de son innovation.

¹ Tambour, t. I, p. 1.

CHAPITRE PREMIER

Des voies d'exécution *sur la personne* des débiteurs

Toute dette crée par elle-même pour celui qui en est débiteur un état très marqué de subordination, et la dépendance qui en résulte s'accroît en raison des mesures excessives que déploie le créancier. De là Montesquieu tirait, dans une hypothèse facile à généraliser, la nécessité pour le législateur de se montrer indulgent. « Un citoyen, dit-il, s'est déjà donné une assez grande supériorité sur un citoyen, en lui prêtant un argent que celui-ci n'a emprunté que pour s'en défaire, et que par conséquent il n'a plus. Que sera-ce dans une république, si les lois augmentent cette servitude encore davantage¹ ? »

Et cependant l'histoire ne nous montre aucun peuple qui n'ait, dans son enfance, consacré législativement une aggravation de cette servitude. C'est que dans l'esprit des peuples naissants « la personne dépend corporellement, et en premier ordre, des engagements

¹ Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XII, ch. XXI.

contractés ¹, » et qu'il ne s'y trouve pas gravé l'adage philosophique : « *Homo res homini sacra.* »

En Égypte, du moins à l'origine, c'est la perte de la liberté pour qui ne peut payer ², et si plus tard Bocchoris supprime l'esclavage pour dettes, en édictant que l'homme ne pourrait plus désormais s'obliger que sur ses biens ³, ses successeurs imaginent un nouveau moyen de garantie, basé sur l'esprit religieux du peuple égyptien. Le débiteur, à qui il est interdit de s'engager personnellement pour sûreté de sa dette, pourra mettre en gage les restes mortels de ses parents : mais, s'il ne se libère pas durant sa vie, il sera infâme et privé des honneurs de la sépulture ⁴.

Les Hébreux, malgré la supériorité de leur législation, autorisent les débiteurs à se donner en servitude avec leur femme et leurs enfants, pour acquitter, par le travail personnel, l'engagement qu'ils ont pris *en vertu d'un contrat* ⁵; et cependant la loi mosaïque refusait au créancier le droit de se saisir de la personne de l'insolvable. Le maintien d'un semblable droit ne s'explique que si l'on suppose l'esclavage pour dettes formant le

¹ Troplong, *op. cit.*, p. v. C'est même là l'idée première qui ressort du mot : « *Ob-ligatio.* »

² Diodore (liv. II, part. II, ch. LIV) rapporte en effet que Sésostris délivra, plusieurs fois durant son règne, les débiteurs qui avaient été incarcérés par leurs créanciers.

³ Suivant le principe admis : Les biens sont la propriété de l'homme, l'homme est la propriété de l'État. « *Bona personarum esse*, dit Saumaise, traduit par Pastoret (*Législ. des Égyptiens*, XII, p. 240), *personas vero civitatum existimabat.* »

⁴ Diodore, liv. II, part. II, ch. XCII et XCIII.

⁵ Saint Matthieu, XVIII, 23, dans la parabole du règlement de compte passé entre le roi et ses serviteurs.

droit commun de tous les peuples de l'Asie¹. C'est ainsi que chez les Hindous, à côté des *moyens de contrainte moraux*, tels que la douceur et la persuasion, ou encore à côté des *moyens de fraude légale*, comme l'adresse et la ruse, nous rencontrons des *moyens de contrainte forcée*, par exemple : la servitude avec travail obligatoire, la violence corporelle, le jeûne et l'emprisonnement².

Si nous passons aux lois primitives de la Grèce, nous rencontrons l'œuvre de l'archonte Dracon, dont le nom symbolise l'extrême tyrannie et la plus noire dureté. Le débiteur avait le droit de s'obliger par simple convention, sous la garantie de sa personne³; mais, s'il ne payait pas, il perdait son titre de citoyen et pouvait être vendu à l'étranger, à moins que le créancier ne consentit à le retenir comme esclave. Bien plus, en cas de condamnation, l'inexécution de la sentence avait pour effet de permettre au créancier de s'emparer, même avec violence, du débiteur, d'en faire sa propriété, de le charger de chaînes, de le vendre ou de le mettre à mort⁴.

¹ Saumaise, ch. xviii, p. 806-807 : « *Per omnes Græciæ et Asiæ populos viguit idem institutum.* » Sic Guillaud, *De l'action Paulienne*, Introduction historique, p. v.

² Lois de Manou, trad. par Jolly, liv. I, sl., 49-50. Pour toute condition, Manou exigeait que la dette fût certaine. Cf. Gibelin, *Étude sur le droit des Hindous*, t. I, p. 185.

³ Dareste, *Études d'Histoire du Droit*, p. 14, édit. 1889.

⁴ Troplong, *op. cit.*, p. vii et seq. Même législation en droit perse (Hérodote, I, 138. Cf. Sumner-Maine, *l'Ancien Droit*, trad. de Courcelle-Seneuil, édit. 1874, p. 369 et seq.); — dans l'ancien droit de Hongrie (Dareste, *op. cit.*, p. 276); — dans la vieille loi norvégienne de Gulating, ch. lxxi; — et encore de nos jours chez les Ossètes du Caucase (Kovalewski, *Coutumes contemporaines et Lois primitives*, Moscou 1886).

Rome ne devait se montrer ni plus humaine ni moins logique : elle surpassa même Athènes et les villes de l'Asie par la dureté du cœur et l'enchaînement rigoureux des idées. La sanction des dettes, dès les premières années du peuple romain, est l'esclavage. « *Non solvit in ære, luat in cute* » : tel est le principe. Mais ce droit de l'homme sur l'homme procède de deux sources, qui sont : l'une volontaire, l'aliénation personnelle librement consentie, et l'autre forcée, la sentence du magistrat. Dans le premier cas, le débiteur prend le nom de *nexus*, et dans le second celui d'*addictus*.

§ 1^{er}. — Du *Nexum* ¹.

Le mot : « *Nexum* », dans son acception la plus large, revêt un sens absolument général : il désigne toute opération qui prend la forme *per æs et libram*. Le

¹ Avec M. Albert Thierry, dont nous avons lu la thèse d'un si puissant intérêt sur le *Nexum et les débiteurs à Rome* (Caen, 1889), nous remarquerons « qu'il y a sur ce sujet pénurie presque complète de renseignements positifs et qu'on en est réduit à des conjectures. » (Introd., p. 13.) Aussi, après avoir consciencieusement étudié et classé pas moins de dix-huit systèmes sur le *Nexum*, l'auteur, pour qui « la question est encore pour ainsi dire entière, et le champ ouvert à l'hypothèse » (Introd., p. 14), ne recule pas devant la création d'un dix-neuvième système. Nous présenterons le système qui nous semble le plus vraisemblable, étayé de ses preuves, mais, par respect pour les bornes que nous assigne notre travail, sans nous arrêter à la réfutation des arguments en sens contraire.

signe caractéristique qui le distingue est donc l'emploi de la balance et de l'airain¹.

Cette forme solennelle comportait, d'après les témoignages des auteurs anciens, trois applications : le testament, l'aliénation entre vifs des choses *mancipi* et la *nexi liberatio*². L'énumération restrictive qui limite d'une manière aussi absolue les cas d'application du *Nexum*, ne nous permet pas d'y rencontrer l'existence d'une forme de contrat *per æs et libram* engendrant un droit de créance et éveillant dès lors une idée de lien personnel : aussi doit-on préférer à la théorie qui voit dans le *Nexum* un facteur d'obligation, l'opinion plus vraisemblable qui lui reconnaît le caractère de mode d'aliénation³.

¹ Festus, au mot *Nexum* : « *Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per æs et libram geritur...* » Adde Cic., *de Orat.*, III, 40.

² Festus, V° *Nexum* : « ... idque necti dicitur, in quo genera sunt hæc : testamenti factio, NEXI DATIO, nexi liberatio. » Adde Gaius (*Testamenti factio*, II, 102 — *Nexi datio*, I, 119 et II, 23 — *Nexi liberatio*, III, 173).

³ Contra Huschke (*Ueber das Recht des Nexum*, Leips. 1846), qui traduit à tort l'expression : « NEXI DATIO » par : « remise d'argent nexé » (*nexi æris datio*), au lieu de « aliénation par le nexum » (*nexi nomine datio*). Il est cependant de toute évidence que la même expression : *Nexum*, n'a pu désigner à la fois trois opérations distinctes, comme un contrat, une aliénation et un mode de tester, qui n'ont certes pas une nature identique ; — Thierry (*op. cit.*, p. 20), lequel donne pour point de départ à sa thèse un texte de Varron (*de Lingua latina*, VII, 105) ainsi conçu : « *Nexum Mamilius scribit omne quod per æs et libram geritur, in quo sint mancipia ; Mutius, quæ per æs et libram fiant ut obligentur, præter quæ mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quærit, nam idem, quod obligatur per libram, neque suum fit, inde nexum dictum* » (d'après le texte de Niebuhr, *Röm. Geschichte*, I, p. 602). Pour enlever à ce passage la force qu'on lui prête, il

Dans un sens plus restreint, nous définirons donc le *Nexum* ou *Nexi datio* : un prêt d'argent effectué *per æs et libram*, pour sûreté duquel le bénéficiaire se mancipait à son créancier, sauf la faculté d'entrer par l'affranchissement dans une condition voisine de son premier état, après restitution n'excédant jamais le capital prêté¹.

Suivant les formes usitées pour la mancipation, le débiteur mancipait sa personne au créancier, et non pas simplement ses *operæ*², contre la promesse formelle,

suffit de donner au mot *obligare* son vrai sens, celui d'*aliénation fiduciaire* (L. 4, pr., Dig., XX, 1 : « *res hypothecæ nomine obligatæ* » ; — L. 22, Dig., XLII, 8 ; — L. 4, § 3, Dig., XLII, 6). Mutius Scævola entendait par *Nexum*, les aliénations *cum fiducia*, qu'il opposait aux mancipations proprement dites, et Varron pensait de même ; d'où nous concluons que l'aliénation, toute fiduciaire qu'elle puisse être dans le *Nexum*, n'en demeure pas moins toujours une aliénation.

¹ Le *Nexum* ne s'appliquait qu'aux prêts d'argent (Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 416, note 1 ; Unterholzner, *Lehre des Röm. Rechts von den Schuldverhältnissen*, t. II, p. 29 ; Giraud, *op. cit.*, p. 28.) Le *Mutuum* qui fut contemporain du *Nexum*, était réservé aux prêts de toutes autres choses consommables ; mais durant le temps qui sépare les événements rapportés au livre II de Tite-Live de ceux qui sont mentionnés dans le livre VI, le *Mutuum* dut passer dans la pratique comme présentant à tout le moins l'avantage d'une exécution judiciaire. Quoi qu'il en soit, au cas de *Nexum* ou de *Mutuum*, la convention d'intérêts, s'il y en avait, devait faire l'objet d'une stipulation particulière (Thierry, *op. cit.*, p. 69 et seq.).

² Tite-Live, VIII, 28 : « ... cum se... *nexum* dedisset... » ; Valère-Maxime, VI, 1, 9 : « ... *nexum* se dare coactus. » Le contraire ne résulte pas de ce passage : « ... *Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat dat, dum solveret, nexus vocatur...* » (Varron, *de Ling. lat.*, VII, 103.) En effet, par la seule mention des *operæ* du débiteur, qui d'ailleurs ne sont pas susceptibles

faite peut-être *fiduciæ causa*¹, d'être émancipé au cas où il viendrait à solder sa dette. La *persona* du débiteur *per æs et libram nexa* devenait la propriété du créancier, en ce sens tout au moins qu'elle tombait *in mancipio creditoris*, entraînant avec elle sa *familia*, c'est-à-dire les personnes soumises à sa puissance et les biens qu'il pouvait posséder². Mais comme la mancipation, bien que transmettant de suite la propriété ne transférait pas nécessairement aussi la possession de la chose mancipée³, le *nexus* conservait, avec l'usage de ses biens, le privilège d'une liberté provisoire jusqu'au terme fixé pour le remboursement du prêt. Ce n'était donc qu'à l'échéance et au cas de non-paiement que le créancier avait le droit de saisir lui-même, *de plano*, le débiteur, qui était déjà sa propre chose, suivant les droits reconnus au maître, au père et au mari sur les personnes soumises à leur *potestas*⁴.

Et alors de deux choses l'une : ou bien le débiteur, soit par impossibilité, soit par refus de payer, ne se libérait pas à l'échéance : dans ce cas, il tombait défi-

d'être mancipées, on ne considère ici le débiteur qu'au point de vue de l'état *transitoire* dont il est affecté *avant* sa libération (arg. des mots « *dum solveret* »). Cf. Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 595, note 2.

¹ Sic Zimmern, *op. cit.*, trad. d'Etienne, p. 122.

² Denys d'Hal., VI, 26, 29 ; Tite-Live, II, 24.

³ Gaius, II, 204 et IV, 131.

⁴ Zimmern (*op. cit.*, §§ XLV et XLVI) corrige avec raison l'erreur de Niebuhr qui exigeait encore une *addictio* pour que le *nexus* devint la propriété du créancier. Le droit tout-puissant qui résulte du *Nexum* n'en est pas moins contraire au principe que nul ne doit se faire justice à soi-même (Cic., *pro Cæcina*, ch. XI ; Paul, L. 176, Dig., *de Reg. jur.*, L. 17).

nitivement sous le *mancipium* du créancier qui pouvait exercer sur sa personne comme sur son patrimoine les droits consacrés par cette puissance, et notamment l'acquisition forcée pour le maître¹ : on peut même dire qu'après l'*abductio* pratiquée par le créancier, le *nexus* encourait les rigueurs d'une situation plus particulièrement dure, puisque les textes nous le montrent soumis à la garde privée (*jus retinendi*²), et la plupart du temps chargé de chaînes dans une prison³ ; — ou bien le débiteur se libérait au terme fixé, et alors la mancipation volontaire de sa personne, qui l'avait dès ce jour-là rendu *capite minutus*, nécessitait un affranchissement qui lui rendit la liberté : grâce à cette *manumissio*, la mancipation était réputée non avenue, le *nexu vincitus* devenait *nexu solutus*⁴ ; toutefois l'affranchissement ne rompait pas totalement les liens du débiteur *alieni juris*, car celui-ci demeurait le *quasi libertus* de son ancien créancier et, comme tel, il restait soumis aux droits de patronat. Le *nexus* une fois libéré n'avait pas à redouter un refus d'affranchissement : pour se faire relever du *mancipium*, il devait disposer sinon des droits que lui conférait un contrat de *fiducie*, du moins de ressources analogues à celles dont bénéficiait la femme divorcée pour exiger de son ancien mari l'affran-

¹ Gaius, II, 86, 90, 96.

² Tite-Live, II, 24, sur la suppression du *jus retinendi*.

³ Tite-Live II, 23, 24 ; Justin., XXI, 1 : « *Nexorum tria millia e carcere dimittit* ; » *Ibid.*, XXI, 2.

⁴ Tite-Live, II, 23 : « *nexu vincti solutique se undique in publicum proripiunt*, » c'est-à-dire « tant les *nexi* que ceux qui ne l'étaient pas... » (Zimmern, *op. cit.*, trad. d'Etienne, p. 123, note 8.)

chissement de la *manus*¹, ou l'homme se trouvant *in servitute* pour revendiquer son *status libertatis*².

Telle était, selon toute apparence, la situation humiliante que se créait volontairement l'emprunteur d'une somme d'argent. Loin de distinguer en notre matière deux périodes : l'une, celle de l'enfance du peuple romain, où le *Nexum*, avec un sens aussi étendu que l'emploi de l'*æs* et de la *libra*, aurait compris la mancipation ; l'autre, empreinte d'un esprit de réflexion plus avancé, où le mot *Nexum* aurait été réservé pour désigner un contrat créateur d'obligations³, nous ne voyons dans ce terme qu'une expression servant à dénommer, quelle que soit l'époque où l'on se place, une aliénation de soi-même par mancipation, en vue de cautionner le remboursement d'un prêt.

Sans vouloir outre mesure nous autoriser d'un rap-

¹ Gaius, I, 137.

² Adde, texte de Papinien (*Mos. et rom. leg. coll.*, II, 3), sur l'esclave *noxæ deditus* qui payait le dommage causé par lui et réclamait son affranchissement.

Notre système est celui de Niebuhr (*Röm. Geschichte*, I, 603 ; II, 370-375) rectifié par Zimmern (*Geschichte des Röm. Privatrechts*, II, p. 124) et remis de nos jours en lumière par Ch. Maynz (*op. cit.*, t. II, § 299). De notre théorie se rapprochent, malgré certaines variantes parfois très personnelles, les opinions de Bonjean (*op. cit.*, t. I, p. 405) ; — Puchta (*Curs. der Institut.*, t. III, p. 81) ; — Rudorff (*Jahrb. für Wissenschaften kritik*, 1838, n° 86, p. 698) ; — Bethmann-Hollweg (*Gerichtsverfassung und Process.*, p. 304) ; — Danz (t. II, 85) ; — Unterholzner (*Schuld.*, t. I, § 17) ; — Voigt (*Die XII Tafeln*, t. I, § 122).

Contra : Savigny (*Ueber das altröm. Schuldrecht*, p. 415) ; — Giraud (*op. cit.*) ; — Tambour (*op. cit.*, t. I, p. 19 *et seq.*) ; — Thierry (*op. cit.*) ; — Cuq. (*op. cit.*, p. 380).

³ Sumner-Maine, *op. cit.*, p. 299.

prochement facile à discerner dans l'hypothèse de l'adrogation¹, nous prêtons au débiteur romain un droit analogue à celui de la femme *sui juris* de se vendre (*coemptio*) à son mari² ou même *fiduciæ causa* à un étranger³; — à celui du père de famille de manciper ses enfants⁴; — à celui du propriétaire de manciper son patrimoine (*familiam suam*) en y comprenant jusqu'aux *sacra*⁵. Il est donc aisé de se convaincre que le débiteur, en se mancipant à son créancier, ne disposait d'aucun droit qui ne fût, même dans la période classique, susceptible de mancipation.

D'un autre côté, comment admettre, en ce qui concerne le *nexus*, la possibilité d'une promesse d'*operæ* sérieusement réalisable, en retour des avantages pécuniaires qui lui ont été concédés? Tite-Live n'est-il pas suffisamment explicite, quand il nous peint les tortures, morales et physiques, qui brisaient l'âme de ces malheureux, condamnés aux fers et aux cachots⁶? Or, telle n'est point, ce semble, la situation d'un homme dont on doit utiliser les forces et multiplier les services.

Du reste le salaire était inconnu à Rome : pour cultiver ses champs, le propriétaire entretenait des esclaves,

¹ Il est vrai que l'adrogation se faisait dans les comices et non par l'effet de la mancipation.

² Gaius, I, 113, 123.

³ Gaius, I, 114, 115, 118, 136; Cic., *pro Murena*, 12. Voir l'essai très pénible de réfutation que propose Thierry (*op. cit.*, p. 56 *et seq.*) en réponse à un tel argument.

⁴ Gaius, I, 134 (relativement à l'adoption).

⁵ Gaius, II, 102 (relativement au testament *per æs et libram*).

⁶ Tite-Live, II, 24; VIII, 28.

et pour donner aux travaux des *nexi* leur exacte valeur, le maître n'aurait pas eu, comme de nos jours, la ressource de demander à l'offre et à la demande un élément puissant d'appréciation.

Tout, la clarté des documents anciens, l'unité de législation qui existe entre le *Nexum* et plusieurs autres institutions, le régime économique que subissaient les débiteurs non libérés, tout concourt à fonder notre système qui a moins la prétention d'une réfutation en règle que la valeur d'un exposé ; l'idée qui l'inspire est une idée d'acquisition matérielle, de puissance directe (*dominium*), d'où est sorti le principe de la famille¹, le principe du droit de conquête², etc. : l'idée en est simple comme devait être simple la manière de concevoir de ce temps-là. A tout le moins ne nous accusera-t-on pas d'avoir décrit sous une forme symbolique l'une des questions les plus controversées et d'avoir fait la part plus large à l'imagination qu'au témoignage des textes et à la vraisemblance des faits.

§ 2. — De l'Addictio

La servitude ne résultait pas seulement de l'engagement qu'avait contracté le débiteur sous la forme du *Nexum* : elle émanait encore de la condamnation que pouvait prononcer contre lui le magistrat.

¹ Ulpien, L. 1, § 2, Dig., *de Rei vindic.*, VI, 1.

² Gaius, III, 7 ; — Virg., *Egl.*, 1.

Ainsi le créancier dont les droits n'étaient pas garantis par une sûreté portant en elle-même sa force exécutoire¹, ne les exerçait qu'à la condition d'avoir préalablement obtenu un jugement, ou bien encore un aveu de la dette en présence du magistrat : peu importe qu'il y ait eu aveu *in jure* ou condamnation, désormais le créancier était muni d'un titre-exécutoire².

Le « *judicatus* » et l'« *in jure confessus* » jouissaient pourtant d'un délai de trente jours à compter du jugement ou de l'aveu, pour trouver quelque moyen de se libérer³ : durant cette sorte de trêve, d'armistice légal (*justitium*), ils pouvaient se tirer d'affaire, soit en se procurant une somme équivalente au montant de leur obligation, soit en fournissant un *vindex* solvable qui devint personnellement obligé envers le créancier, soit enfin en obtenant de lui le bénéfice d'une transaction ou d'un atermolement.

Si, à l'expiration des trente jours, le débiteur n'avait pris aucun arrangement, il se voyait contraint par une *manus injectio* de se rendre devant le magistrat⁴. Il

¹ Comme le droit à des intérêts stipulés accessoirement à un prêt d'argent (*Supra*, p. 23, note 1 *in fine*).

² Paul, L. 1, Dig., de *Conf.*, XLII, 2 : « *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.* »

³ Gaius, III, 78; Aul.-Gell., *Nuits att.*, XX, 1, sur le texte des XII Tables : « *Æris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunt.* »

⁴ Voici la formule de cette *manus injectio* : « *Quod tu mihi judicatus es sestertium decem millia, quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem millia judicati manum injicio.* » (Gaius, IV, 21.)

pouvait à ce moment contester l'existence ou la validité de la sentence de condamnation, mais à la condition de fournir un *vindex* qui prit pour lui les risques du procès¹. De là les lenteurs de nouveaux débats : un second jugement intervenait, à la suite duquel le *vindex*, qui succombait dans l'instance, était condamné à payer la somme exacte, ou peut-être même le double de la somme réclamée². A défaut d'incidents judiciaires, ou ce qui revient au même, en l'absence d'un *vindex*, un décret du magistrat adjugeait (*addicit*) le défendeur au poursuivant qui l'emmenait dans sa demeure et lui faisait expier au fond d'une prison sa mauvaise foi présumée³.

On détenait *in carcere privato* le débiteur, avec pleine liberté de briser sa résistance et son corps par le supplice du carcan (*nervo*) ou par la pesanteur des chaînes. Les décevirs poussèrent la générosité jusqu'à limiter à quinze livres le poids maximum des fers⁴, et, quant à la nourriture, ils n'entendirent pas qu'elle fût inférieure

¹ Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 841; Bodin, *Plan du cours de Droit romain*, t. II, p. 129; Maynz, *op. cit.*, t. I, p. 493.

² Le *Vindex* doit être comparé à un *expromissor* dont l'intervention libérait le débiteur condamné. (Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 841, note 3.) Cf. Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, t. I, § 45; Keller, *op. cit.*, § XIX, trad., p. 80.

³ Tite-Live, VI, 14 et 36. — On ne saurait contester dans les maisons des patriciens l'existence de ces prisons privées. (V° dans le *Dictionn. des Ant. grecques et rom.*, au mot : *Addictus*, les autorités citées par Humbert.)

⁴ Aul. Gell., *Nuits att.*, XX, 1 : « Vincito, aut nervo, aut compedi-bus, quindecim pondo, ne majore, aut, si volet, minore, vincito. »

à celle de l'esclave : la taxe quotidienne en fut fixée à une livre au moins de farine¹.

Pour avoir violé la foi jurée, l'*addictus* était donc *en fait* traité comme un esclave² : il ne l'était pas cependant. Aussi Quintilien a-t-il pu nettement définir la situation de l'un et de l'autre par cette considération : « *servus, cum manumittitur, fit libertinus; addictus, recepta libertate, est ingenuus* ; » et dans cet autre passage où il indique les avantages que présente l'état de l'*addictus* sur la condition du *servus* : « *Propria liberi, quæ nemo habet nisi liber, prænomen, nomen, cognomen, tribum : habet hæc addictus*. » Ajoutons encore, pour achever ce parallèle, une dernière distinction : « *Servus invito domino libertatem non consequetur ; addictus, solvendo, citra voluntatem domini consequetur* »³.

Différent de l'esclave, l'*addictus* ne doit pas davantage être confondu avec le *nexus*. Le *Nexum* transfère la propriété quiritaire, l'*addictio*, seulement une propriété analogue à la propriété prétorienne ; si bien que le *nexus* est esclave de droit (*servus*), l'*addictus* seulement esclave de fait (*in servitute*) tant vis-à-vis du créancier qu'à l'égard de la société. — L'un perd l'ingénuité par suite de la *capitis deminutio* qu'il éprouve ; l'autre, bien que doté d'une *existimatio* amoindrie, reste *ingenuus*⁴ :

¹ Aul.-Gell., *Nuits att.*, XX, 1 : « *Si volet, suo vivito ; nî suo vivit, qui em vinctum habebit, libras farris endo dies dato ; si volet, pius dato*. » Adde Horace, liv. I, Satire v.

² Quintilien, *Instit. orat.*, V, 10 et VII, 3.

³ *Instit. orat.*, VII, 3, 27.

⁴ Festus, V° *Deminutus*. En effet, l'*addictio* n'y est pas comprise parmi les causes de *capitis deminutio*.

tout au plus perd-il, sauf au cas de nécessité absolue, le droit d'être incorporé dans les rangs de l'armée ¹. L'*addictus*, à l'encontre du *nexus*, passe seul, sans sa *familia*, sous la puissance du créancier : son patrimoine demeure sa propriété, la preuve en est dans le droit qui lui est reconnu de pourvoir à sa nourriture quotidienne sur ses ressources personnelles (*si volet, suo vivito*) ; en conséquence, on ne doit pas lui dénier la capacité d'être propriétaire ², ni même la possibilité de le devenir, ce qui enlève au créancier la prétention de recueillir les fruits du travail de son prisonnier. — Enfin la libération de l'*addictus* n'exige pas d'affranchissement, puisque son *status* de citoyen romain n'a pas subi d'altération : il lui suffit de solder intégralement sa dette et alors, après avoir payé, il garde pleine et entière sa qualité d'*ingenuus*. Au contraire, le *nexus* a besoin d'une *manumissio* pour recouvrer sa liberté avec le titre de *sui juris* ; il ne tombe pas cependant dans la condition absolue d'un affranchi, car s'il devient le *quasi libertus* de son ancien créancier, il reprend tous les privilèges attachés à la qualité d'*ingenuus* par rapport à la cité.

Nous avons jusqu'ici rencontré deux délais de grâce accordés au débiteur pour le mettre à même d'écarter la ruine qui le menace : la pitié des décemvirs n'en de-

¹ Tite-Live, II, 24 ; Valer. Max., VII, 6, 1.

² Ulpien, l. 23, Dig., *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6. En effet, la personne « *qui vel in publica, vel in privata vincula ductus est,* » peut continuer et accomplir une *usucapion*, et rendre possible une *restitutio in integrum*, parce que, de même que l'absent, il n'a pu être poursuivi en justice (Tambour, p. 23, note 1).

meure pas moins un mystère en regard de la situation fatale que créait leur extrême sévérité. En dépit de ces temps d'arrêt, le débiteur ne pouvait que creuser davantage son insolvabilité. Le manque de nourriture et l'absence totale d'initiative personnelle s'opposaient à la possibilité d'un travail soutenu et productif. Les pratiques usuraires, si répandues dans les mœurs romaines, ne venaient-elles pas encore absorber les maigres bénéfices d'un labeur estimé d'ordinaire à vil prix¹? Aux intérêts s'ajoutaient les intérêts, diminuant singulièrement la faveur des délais octroyés.

Quoi qu'il en soit, cette servitude de fait comprenait un intervalle de soixante jours, pendant lesquels le débiteur pouvait rompre à tout instant les liens de sa captivité, soit en transigeant, soit en se procurant la somme nécessaire pour désintéresser le créancier². Durant ce laps de temps, le créancier devait conduire l'*addictus* à trois jours de marché consécutifs (*nundinæ*³), dans la partie du *forum* appelée « *comitium* », et là, en présence du prêteur, proclamer à haute voix le montant de la condamnation : on espérait ainsi émouvoir la compassion publique, provoquer un mouvement générique dans le cœur d'un parent ou d'un ami. Mais le plus souvent, abandonné des siens, l'*addictus* subissait une

¹ Duruy, *Quelques pages de l'Histoire romaine* ; Laurent, *Histoire de l'Humanité*.

² Aul.-Gell., *Nuits att.*, XX, 1 : « *Erat autem jus interea paciscendi ; ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta.* »

³ Les *nundinæ* étaient des marchés qui se tenaient à Rome tous les neuf jours. (Bouchaud, *Commentaire sur la Loi des XII Tables*, 2^e édit., Paris, 1803, p. 449-450.)

capitis deminutio à l'expiration du soixantième jour de répit, et alors il tombait à la discrétion du créancier qui pouvait, soit lui laisser la vie et le vendre à un pérégrin pour servir comme esclave au delà du Tibre (*trans Tiberim*), soit lui donner la mort.

Si on suppose le concours de plusieurs créanciers ayant un débiteur commun, la vente du débiteur *addictus* entraînait bien entendu une répartition proportionnelle du prix réalisé. Mais, que décider en cas de meurtre? La loi des XII Tables autorisait sans détour entre les co-créanciers le partage du cadavre de l'*addictus*¹. Les textes comparés d'Aulu-Gelle², de Quintilien³, de Tertullien⁴ et de Dion Cassius⁵ ne laissent

¹ Aulu-Gelle XX, 4, sur la table III, § VI : « *Tertiis nundinis partis secanto; si plus minusve secuerint, ne fraude esto.* »

² Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 4 : « *Tertiis autem nundinis capite pœnas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant....* »

³ Quintilien, *Inst. orat.*, liv. III, ch. VI, p. 405 (édit. Amb. Firm. Didot) : « *Sunt enim quædam non laudabilia natura, sed jure concessa : ut in XII Tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit; quam legem mos publicus repudiavit.* »

⁴ Tertullien, *Apologet.*, IV, p. 10 (édit. Nisard) : « *Sed et judicatos retro in partes secari a creditoribus leges erant : consensu tamen publico crudelitas postea erasa est; et in pudoris notam capitis pœna conversa est, bonorum adhibita proscriptione, suffundere maluit hominis sanguinem, quam effundere.* »

⁵ Dion Cassius (t. I, éd. de Dion Cassius publ. par M. Gros, p. 70, Paris, 1843, Didot). « Πλείστων γοῦν δαινῶν τοῖς Ῥωμαίοις αἰτία ἡ τῶν δυνατωτέρων ἐς τοὺς ὑποδεστέρους ἀκριβεία ἐγένετο · ἄλλα τὲ γὰρ πολλὰ κατὰ τῶν ὑπερῆμέρων αὐτοῖς ἐδέδοτο · καὶ εἰ δὴ τινες πλείους δεδανεικότες ἔτυχον, « κρεουργηδὸν αὐτοῦ τὸ σῶμα πρὸς τὸ μέρος ὧν ὥφειλε ἐξουσίαν εἶχον κατανέμεσθαι » καὶ τοῦτο μὲν εἰ καὶ τὰ μάλιστα ἐνενόμιστο, ἀλλ' οὕτι γε καὶ ἔργῳ ποτὲ ἐγεγόνει. » Trad. : «... *Frustratim ejus corpus pro rata parte debitorum licentiam habeant secandi.* » (L'abbé Maï, *Fragm. script. vet.*, t. II, p. 144.)

aucun doute à cet égard : toutefois si l'on doit prendre à la lettre, et non dans un sens figuré, l'expression « *partis secanto* », il est bon de remarquer, sur la foi de ces auteurs, que la pratique, moins inhumaine sur ce point que la législation, ne compte pas d'application d'un droit aussi révoltant. Ce fut un sujet d'effroi et non une occasion de tortures ¹, un moyen de terreur édicté pour réduire les débiteurs de mauvaise foi par l'appréhension d'un supplice à la fois cruel et imminent. Du reste, le simple intérêt ne conseillait-il pas au créancier de se ménager le plus possible le travail de son débiteur plutôt que de chercher dans sa mort une vengeance facile et sans profit ? Quelle que soit la valeur des motifs que l'on puisse donner d'une dureté législative incompréhensible à la lumière de nos idées modernes, il n'en demeure pas moins certain que le créancier avait la faculté de tuer son débiteur, disposition qui rappelle le droit de vie et de mort reconnu au maître sur la personne de ses esclaves et au *paterfamilias* sur celle de ses enfants ².

¹ Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 1 : « *Eo consilio tanta immanitas pœnæ denuntiata est, ne ad eam unquam perveniretur.* »

² Lire sur cette matière le compte-rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques, publié par MM. Vergé et Loiseau, t. III, p. 223 *et seq.* ; t. V, p. 163 *et seq.* ; p. 546-585 ; t. XI, p. 210 *et seq.* ; p. 277 *et seq.*

Adde : Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 842.

Hugo, *Histoire du Droit romain*, t. I, p. 233.

Keller, *op. cit.*, § LXXXIII, trad. de Capmas, p. 395.

Et la plupart des auteurs actuels : on admet généralement aujourd'hui la traduction littérale des mots : « *partis secanto.* » (Cf. Edouard Cuq., *Les Institutions juridiques des Romains*, p. 425, texte et note 2, Paris, 1891.)

L'*addictio* est, comme on le voit, infiniment plus rigoureuse dans ses conséquences que le *Nexum*. La gradation y est des plus simples : d'abord l'adjudication du débiteur ; puis les tortures corporelles dans la

La théorie opposée, plus humaine, prend la section du débiteur dans un sens figuré.

Pessonneaux, *Œuvres complètes de Tite-Live*, note sur le l. VIII, p. 392.

Hérald (*De rer. jud. auct.*, II, 25, § 6), et Thaller (*Des faillites en droit comparé*, t. I, p. 33, 34 note 1), traduisent : « *sectio corporis* » par partage des services du débiteur.

Anne Robert (*Rerum jud.*, I, l. II, 6), croit à un simple partage des biens de l'*addictus* entre ses créanciers.

Bynkerskœck (*Observat.*, I, 1), affirme qu'il s'agit d'une vente publique des biens du débiteur.

Ihering (*Geist des römischen Rechts*, I, p. 123, 130), émet l'opinion qu'on devait préalablement éprouver le degré d'endurcissement de l'*addictus* par la section d'un de ses membres.

Huschke (*Ueber das Recht des Nexum*, p. 89 et seq.), prône l'interprétation des mots : « *partis secanto* » par la *sectio bonorum*.

Montesquieu (*Esprit des Lois*, l. XXIX, ch. II, note 6) : « Il y a apparence que cette peine n'a jamais été établie. L'opinion de quelques jurisconsultes, que la Loi des XII Tables ne parlait que de la division du prix du débiteur vendu, est très vraisemblable. »

Berriat Saint-Prix (*Observations critiques sur la Loi des XII Tables*. Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques, t. V, p. 163 et seq.), tient à prouver que la loi romaine n'a jamais autorisé le meurtre du débiteur. En particulier (Mém. Acad. sc. mor., t. V, p. 584) il blâme le peu d'étendue des connaissances « *historico-civilistiques* » d'Aulu-Gelle.

Heineccius (*Antiq. rom.*, 1734, I, l. III, ch. xxx, n° 4 ; et II, p. 151) avait émis une semblable opinion.

Giraud, qui tout d'abord avait adopté les idées de Berriat Saint-Prix et de Dupin aîné en expliquant « *partis secanto* » par la *Sectio bonorum*, revient sur son erreur dans sa monographie des *Nexi*

demeure du créancier ; enfin l'esclavage en dehors de Rome ou la mort suivie de la section du cadavre.

La base sur laquelle repose la *manus injectio* est donc une idée de contrainte personnelle. En vertu de la condamnation, le créancier n'acquiert aucun droit sur les biens du débiteur, suivant « un abus de cette idée que nul ne peut être forcé à vouloir et à faire. Le condamné refuse de payer, on ne l'y contraindra pas ; il gardera donc ses biens, mais on s'emparera de sa personne ¹. » La mort ou l'esclavage, que la condamnation autorise quatre-vingt-dix jours après la reconnaissance de la dette en justice, achèvera l'œuvre commencée ; ce sont là de puissants moyens pour arriver indirectement, mais forcément au but que l'on veut atteindre, c'est-à-

(p. 106) où il pense que « cette affreuse loi était tout à fait conforme au génie de l'antiquité. »

Quoi qu'il en soit, le « *partis secanto* » de la loi décemvirale peut être considéré comme l'origine du principe d'égalité dont les législations se sont inspirées en matière de faillite, pour régler équitablement les intérêts des créanciers d'un même insolvable. A ce propos, on se rappelle l'anecdote du juif Shylock (dans le *Marchand de Venise*, de Shakespeare) prêtant à un chrétien sous la condition qu'il lui enlèverait un poids déterminé de chair en cas de non-paiement au jour dit. Moins rigide que le magistrat qui condamna le juif à avoir la tête tranchée, s'il venait à couper plus ou moins que la quantité portée dans le contrat, ce qui l'obligea à se désister, la Loi des XII Tables dégage de toute crainte le créancier qui a plus ou moins taillé : « *Si plus minusve securerint, ne fraude esto.* » — On trouve encore des idées analogues au principe romain dans le *Pecorone*, de Giovanni Fiorentino (1378), et dans certaines traditions germaniques confirmées par l'ancien droit scandinave (d'Amira, *Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren*, édit. 1874).

¹ Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 843.

dire à la saisie d'un patrimoine rendu vacant. « En résumé donc, la *manus injectio* aboutit au résultat que toute bonne législation doit poursuivre : elle met les biens du condamné sous la main des créanciers, mais ce n'est qu'au prix d'une criante et inutile injustice, c'est en lui ôtant ou l'existence réelle ou l'existence légale ¹. »

§ 3. — De la loi *Pœtilia*

Les voies de contrainte que nous venons de reconnaître au service des créanciers contre leurs débiteurs, peuvent être regardées comme de fortes armes de domination : dès lors, ne serait-on pas en droit de conclure qu'un système d'exécution, qui eût au besoin si bien servi les intérêts des chefs du gouvernement, fut plutôt le privilège d'une caste contre l'autre qu'un moyen de répression frappant sans distinction toutes les classes de la société ?

D'excellents esprits l'ont conjecturé, et avec eux Niebuhr ², dont voici les principaux arguments : Les récits des historiens nous montrent constamment les

¹ Accarias, *op. cit.*, *eod.* Fustel de Coulanges, *la Cité antique*, p. 75, texte et note 4. Ainsi on ne retrouve pas à Rome, sous l'empire de la législation des XII Tables, la règle si naturelle en vertu de laquelle « qui s'oblige oblige le sien. » (Cf Code civil, art. 2092.) En revanche, le partage des biens du débiteur entre ses divers créanciers était, on le voit, singulièrement simplifié par la non-existence des privilèges et des hypothèques.

² Niebuhr, *Römische Geschichte*, Berlin, t. I, p. 559 et II, p. 318 ; trad. en fr. par Golbéry, Paris, 1830, t. II, p. 371. Adde : Maynz, *op. cit.*, t. I, n° 30, p. 76.

Nexi et les *Addicti* sous les traits de plébéiens maltraités. De plus la plaisanterie sanglante du décemvir Appius Claudius, qualifiant en public de « *domicilium plebis* » les prisons pour dettes ¹, ne porte-t-elle pas en elle-même la marque certaine d'une immunité propre aux patriciens ? Tite-Live, enfin, à propos de la loi Pœtilia, abolitive du *Nexum*, salue la nouvelle ère de liberté qui va commencer pour le plus grand bien de la plèbe : « *Eo anno plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt* ². »

Quelles qu'aient été les appréciations des historiens, la morgue des patriciens et la joie de la plèbe relativement affranchie, l'égalité de tous devant les dispositions générales de la loi des XII Tables nous paraît devoir être admise ³. Si la classe plébéienne fournissait le plus fort contingent d'insolvables, c'est que le plébéien, pauvre, n'ayant que son champ pour tout avoir, se voyait privé de la seule ressource qui lui permit de vivre par suite de guerres lointaines : quand un sort heureux le ramenait à son foyer, à l'obligation du service militaire succédait la nécessité d'un emprunt qui le liait plus encore : il s'adressait aux détenteurs de la fortune, aux patriciens, puis succombait à une ruine inévitable sous le poids des intérêts accumulés. Mille ménagements devaient au contraire adoucir entre patriciens les relations difficiles de débiteur à créancier, et de la sorte on s'explique comment l'histoire n'a pas

¹ Tite-Live, III, 57.

² Tite-Live, VIII, 28.

³ Giraud, *op. cit.*, pp. 126-129.

relaté leur présence parmi les *Nexi* et les *Addicti*. Aussi bien doit-on s'étonner que ce prétendu privilège ne soit consigné dans aucun document et que son iniquité n'ait pas fourni matière au moindre grief de la part des Tribuns et autres meneurs de la plèbe. Sans trop nous arrêter à cette considération, que nous découvrons des traces de l'*addictio* même après la fusion des deux ordres ¹, disons en dernier lieu que le génie romain se refusait à une protection aussi insuffisante des droits des créanciers : car, en l'absence de voies de contrainte sur la personne des débiteurs patriciens, les créanciers eussent été dépouillés de tous moyens de poursuite ; une créance se fût donc trouvée lettre morte entre les mains de son bénéficiaire uniquement en raison de la qualité de l'obligé. Rien n'autorise encore une fois entre patriciens et plébéiens l'idée d'une démarcation aussi peu juridique.

Quoi qu'il en soit, la stricte organisation du *Nexum* et l'œuvre décenvirale touchant l'*addictio*, sous prétexte de commander le respect des droits des créanciers, aboutissaient en somme au mépris le plus évident des intérêts des débiteurs : la dureté des uns eut vite pour pendant l'irritation des autres, suivie de longues dissensions. Malgré de nombreux soulèvements, aucun adoucissement sérieux ne vint tempérer une sévérité législative aussi outrée avant le honteux attentat de Lucius Papirius contre son détenu, le jeune C. Publilius ². Le

¹ Zimmern, *op. cit.*, trad. d'Etienne, p. 128, texte et note 32.

² Tite-Live, *Hist. rom.*, l. VIII, 28. C. Publilius avait engagé sa personne en garantie d'un prêt qui lui permit de célébrer les funérailles de son père, Publius ; insolvable, il devint le *nexus* de

Sénat comprit enfin la nécessité d'enrayer par une loi la progression d'odieux excès : telle fut l'occasion qui donna naissance à la loi Pœtilia.

La *lex Pœtilia Papiria*, rendue en l'an 429 de la fondation de Rome, c'est-à-dire 126 ans après la loi des XII Tables ¹, portait : « *Ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pœnam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniæ creditæ, bona debitoris non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur* » ². »

son créancier, lequel « *florem ætatis ejus, fructum adventitium crediti, ratus,* » apprécia moins la noblesse de caractère que la beauté de son jeune détenu. Sur la proposition des consuls Pœtilius Visolus et Papirius fut portée la loi Pœtilia.

¹ Les premiers décevirs et les premières tables datent de 303 (U. C.). Sic Tambour, *op. cit.*, p. 30, d'après Tite-Live, *Hist. rom.*, VIII, 28. Toutefois la loi Pœtilia est placée :

En 428, par Zimmern, *op. cit.*, § XLVII, trad. d'Etienne, p. 133 ;

En 440, par Niebuhr (*Röm. Geschichte*, 2^e édit., IV, p. 213), c'est-à-dire en l'année de la dictature de Pœtilius, et non dans celle de son consulat ;

En 429 ou peut-être en 440, par Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 841, note 7 *in fine* ;

En 428 ou en 441, par Keller, *op. cit.*, § LXXXIII, trad. de Capmas, p. 395 ;

En 441, par Bethmann-Hollweg et par Rivier, *op. cit.*, p. 130 (d'après Varron, VII, 105) ;

En 462, par Denys d'Halicarnasse (*de Virt. et vitiis*).

² Tite-Live, *Hist. rom.*, VIII, 28. Ce qui veut dire, en dépit des controverses sur la traduction de ce passage : « Personne, excepté celui qui s'est mancipé *noxæ causa*, ne doit rester dans les fers ; et, pour l'avenir, les débiteurs qui ne le sont qu'à titre d'emprunt d'une somme d'argent, ne doivent plus engager leurs personnes ; le gage de leurs biens doit suffire. D'après cette *rogation*, les *nexi* actuels sont libérés, et pour l'avenir il ne doit plus y avoir de *noxum*. » Zimmern, *op. cit.*, § XLVII, trad. d'Etienne, p. 133, note 3.

Si l'on considère la qualité de *nexus* du débiteur Publius, les termes mêmes de la loi, le commentaire que nous en donne Tite-Live ainsi que le passage où cet historien exalte la restauration de la liberté plébéienne ¹, il est hors de doute que le but visé par la loi Poetilia est avant tout l'abolition du *Nexum* ². Ou plutôt, pour mettre d'accord notre système avec une opinion mixte, l'engagement direct de la personne du débiteur en sûreté d'une obligation contractuelle, la mancipation de cette personne : voilà ce qui est à l'avenir légalement interdit. Les biens seuls continuent de pouvoir servir de gage au créancier : « *Bona debitoris, non corpus obnoxium esset* » ; eux seuls demeurent susceptibles d'une exécution directe, et encore n'est-ce plus de plein droit ; car si, comme nous le croyons, la suppression de la forme *per æs et libram* en matière de prêt découle positivement de la loi ³, le créancier ne peut plus désormais se prévaloir d'un droit sur les biens de son débiteur, à moins que l'affectation n'en ait été consentie sous l'une des formes déjà en vigueur à cette époque : la mancipation avec fiducie, le *pignus* ou l'hypothèque.

De cette abrogation, il ne faudrait cependant pas conclure à la substitution d'un système général d'exé-

¹ Tite-Live, VIII, 28 : « *Eo anno..., quod necti desierunt.* »

² Cicéron (*de Rep.*, II, 34), tire une conséquence identique. Sic Vainberg, *op. cit.*, p. 88.

³ Tite-Live, VIII, 28 : « ... *cautumque in posterum, NE NECTERENTUR.* » Or, Festus nous dit au mot *nexum* : « *Quodcumque per æs et libram geritur NECTI dicitur.* »

cution sur les biens ¹ : non, car l'*addictio* subsiste, amoindrie, il est vrai, dans ses conséquences par le législateur, qui, cédant à un mouvement puissant de réaction, étendit, pour les rendre plus justes, les limites de la réforme réclamée ². Les termes pleins de généralité de la loi, tels que nous les a conservés Tite-Live, ne laissent aucun doute à cet égard : « *Ne quis... in compedibus aut in nervo teneretur.* » La loi *Pœtilia* cherche donc à prévenir le retour des excès d'autrefois, en faisant bénéficier même l'*addictus* de la nouvelle disposition qui défend aux créanciers de la façon la plus formelle d'enchaîner leurs débiteurs : une exception toutefois est admise en cas de délit relativement à ceux « *qui noxam meruissent* ³. »

Enfin le texte de Tite-Live comparé avec certains passages de Cicéron ⁴, de Varron ⁵ et de Denys d'Halicar-

¹ Niebuhr (*Röm. Geschichte*, 2^e édit., IV, p. 215) eut tort de penser que la loi *Pœtilia* vint substituer à l'*addictio* l'adjudication du patrimoine, en d'autres termes, la *Bonorum Venditio*. Cette réforme ne fut que plus tard inaugurée par le droit prétorien.

² Aulu-Gelle, XX, 1. — Adde Cicéron, *pro Flacco*, XX.

³ Tite-Live, *Hist. rom.*, VIII, 28 : «... nisi qui noxam meruisset, donec pœnam lueret .. » Ce qui voudrait dire d'après Giraud (*op. cit.*, p. 114) et Savigny (*Vermischte Schriften*, t. II, art. *Schuld-trecht*, pp. 421 à 425) : Les chaînes et le nervus sont défendus ; ils ne seront permis que pour le criminel condamné à mort que l'on pourra encore enchaîner jusqu'à l'exécution. Giraud va peut-être trop loin en avançant que loi *Pœtilia* abolit la contrainte du débiteur au travail.

⁴ Cicéron : « *Propter unius libidinem, omnia nexa civium liberata, neitierque postea desitum.* » (*De Republica*, II, 34.)

⁵ Varron : « *Hoc (nexum), C. Popilio auctore, Visolo (id est C. Pœtilio Visolo) dictatore sublatum, ne feret ; et omnes qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, dissoluti.* » (*De ling. lat.*, VII, 105.)

nasse ¹ nous indique un dernier point de la loi Pœtilia. Tous les *nexi* actuels sont déclarés libres et dorénavant tous les débiteurs pourront se soustraire à l'emprisonnement, moyennant la promesse faite sous serment de mettre leur fortune entière, présente et à venir, à la disposition de leurs créanciers : c'est le « *juramentum bonæ copix* ². »

D'après cet exposé, la loi Pœtilia, par la suppression du *Nexum*, força les particuliers à ne plus s'obliger pour cause de prêt que suivant les modes ayant pour sanction l'exécution judiciaire : or l'un de ces modes, le plus important, était le *mutuum*. Des auteurs prétendent rencontrer les premiers vestiges de ce contrat à une époque antérieure à l'année 259 de la fondation de Rome ³. Ce qui est certain, c'est qu'à partir du milieu du iv^e siècle, si l'on en croit les allusions fréquentes que

¹ Denys d'Halicarnasse, 5.

² Giraud (*op. cit.*, p. 119), pense avec raison que le mot « *copia* » ne se rapporte pas au contenu suffisant ou insuffisant de la fortune du débiteur, mais à l'intention de consacrer tous ses biens au paiement de ses créanciers. (Cf. Cuq., *op. cit.*, p. 589, note 6.) L'existence du *juramentum bonæ copix* se retrouve après la loi Pœtilia ; il en est fait mention dans la Table d'Héraclée, qui exclut des fonctions municipales celui « *qui bonam copiam juravit*. » (Tab. d'Héracl., ch. vii, ligne 113 et seq.) On en étendit vraisemblablement l'usage au cas d'*addictio* ; ce fut un moyen d'éviter la contrainte corporelle résultant des jugements. (Arg. Aulu-Gelle, XXI : « *Erat autem interea jus pasciscendi*. »)

³ Tite-Live (l. II, 27) : « *Appius. . quam asperrime poterat, ius DE CREDITIS PECUNIIS DICERE.* » De ce fait arrivé en 259 dérive l'argument suivant : Le *nexum*, dans aucun système, ne peut donner lieu à une action ; c'est donc bien à l'exécution du *mutuum* que se réfèrent les sentences de condamnation prononcées par le consul Appius et entachées de la plus insigne sévérité.

l'on relève dans Tite-Live ¹, l'application du *mutuum* était devenue d'un usage journalier : la loi Pœtilia en acheva le rapide développement, si bien que, dorénavant, tout emprunteur encourut, conformément au droit commun des débiteurs, les conséquences de la *manus injectio*.

Nous ignorons le nombre d'années que subsista le *Nexum* pour cause de délit ; mais, comme on le voit, le droit de demander l'*addictio* fut maintenu par la loi Pœtilia ² : Cicéron nous en parle à propos d'un *addictus*, son contemporain ³ ; des textes nombreux nous en révèlent l'existence sous les empereurs ⁴, et il semble même que certains châtiments corporels d'initiative privée se soient continués jusqu'à Justinien, car nous voyons ce prince, reproduisant une décision analogue de Constantin ⁵, les

¹ Tite-Live, I. VI, 14, 15, 18, 20, 32, 34, 36 ; V° *supra*, p. 23, note 1.

² Wlassak, dans un ouvrage récent (*Röm. Prozessgesetze*, 1^{re} Abtheilung, Leipzig, 1888) prétend même établir, à l'encontre du témoignage de Gaius (IV, 30) que la *Manus injectio* et d'une manière générale les *Legis actiones* survécurent aux lois Æbutia et Julia : abandonnées en fait, elles auraient été supplantées par la procédure formulaire qui se serait développée à côté.

³ Cicéron, *pro Flacco*, XX : «... *addictus Hermippio et ab hoc ductus est.* » Grandes furent d'ailleurs les souffrances des débiteurs dans les derniers temps de la République, après Sylla, et lors de la conjuration de Catilina dont le cri de ralliement était : « Libération des débiteurs. »

⁴ Sénèque, *De benef.*, III, 8 ; Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XX, 1 ; Paul, *Sent.*, livre V, tit. xxvi, §§ 1 et 2 ; Gaius, ch. III, § 199 ; Ulpien, l. 23, Dig., *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6.

⁵ C. 2, C. *De exact. trib.*, X, 19.

proscrire impitoyablement dans l'une de ses Constitutions ¹.

D'autre part, les prisons publiques remplacèrent les chartres privées. Déjà la loi Rubria, pour la Gaule cisalpine ², avait défendu aux créanciers, à l'exception toutefois du cas où il y avait *addictio*, de conduire leurs débiteurs dans des demeures privées. Le droit d'enfermer chez soi son débiteur fut interdit, sous peine de crime de lèse-majesté, par l'empereur Zénon, spécialement pour le diocèse d'Égypte ³. Enfin une prohibition générale, contenue dans les Basiliques, vint en tarir l'application dans tout l'empire ⁴ : la constitution grecque, dont l'exécution était confiée à la vigilance des *præsides* et des évêques, édictait contre les délinquants la peine de l'incarcération dans une prison publique, durant un laps de temps égal à celui qu'ils auraient infligé à leurs débiteurs *in carcere privato*.

¹ C. 8, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71 : « *Omni corporali cruciatu semoto.* » Adde : Nov. 131, dans laquelle Justinien supprime la contrainte par corps contre les femmes.

² Ch. XXI et XXII. Cette loi remonte aux premières années du VIII^e siècle de Rome ; elle date de l'an 705 (U. C.), 49 ans av. J.-C.

³ C. 1, C., *de Priv. carcer. inhib.*, IX, 5.

⁴ Liv. 60, tit. 55. Adde : C. 23, C., *de Episcop. audient.*, I, 4 ; C. 12, C., *de Oblig. et act.*, IV, 10 ; Nov. 134, ch. VII.

CHAPITRE II

Des voies d'exécution *sur les biens* du débiteur qui existaient exceptionnellement à l'époque des *Legis Actiones*.

Le principe des voies d'exécution sur la personne des débiteurs comportait, au temps des *Legis actiones*, une double dérogation dans l'organisation de la *Pignoris capio* et de la *Bonorum sectio*. Ces institutions feront l'objet de deux paragraphes, auxquels nous ajouterons une courte dissertation sur le point de savoir s'il n'existait pas d'autres cas plus généraux d'exécution sur les biens.

§ 1^{er} — De la *Pignoris capio*

La *Pignoris capio* est une voie d'exécution qui permet à certains créanciers de saisir eux-mêmes, à titre de gage et suivant le rite prescrit, une partie des biens dépendant du patrimoine de leur débiteur ¹.

¹ Sur cette matière, voir O. Karlowa, *Der Civilprocess für Zeit der Legisactionen*, 1872, §§ 23-24. (Analysé dans la *Revue critique* du 31 mai 1873.)

Cette action présente un caractère exceptionnel qu'il est difficile de méconnaître en présence du texte de Gaius : « *Quibusdam autem non placebat, primum quod pignoris captio extra jus peragebatur, id est, non apud Prætorem, plerumque etiam absente adversario,..... Præterea quod nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat*¹. »

La *Pignoris capio* pouvait donc se produire : *extra jus*, sans intervention du magistrat ; — *absente adversario*, la présence du débiteur n'était même pas absolument requise ; — *nefasto die*, peu importe qu'il s'agit d'un jour faste ou néfaste « puisque le magistrat n'y avait aucun rôle². »

Autant de côtés par lesquels cette action se différencie des *Legis actiones*, où l'on rencontre des rites solennels accomplis un jour faste et nécessitant la présence simultanée du prêteur et de l'adversaire. Aussi Gaius nous apprend-il que les jurisconsultes étaient divisés sur le point de savoir si les particularités qui caractérisent la *Pignoris capio* ne l'empêchent pas d'être rangée au nombre des actions de la loi³ ; le seul trait qui permette de l'en rapprocher, c'est l'emploi obliga-

¹ Gaius, C. IV, §§ 12 et 29.

² Tambour, *op. cit.*, t. I, p. 3. Le créancier agissait d'autorité, suivant une idée de justice privée que l'on retrouve, sous forme de *pignoratio*, dans certaines législations primitives, telles que la législation irlandaise et la loi salique (Sumner-Maine, *Institutions primitives*, p. 345. — Adde, relativement au droit hellénique, Heffter, *Procédure judiciaire à Athènes*, p. 454).

³ Gaius, IV, § 29. Il est vraisemblable que de pareilles difficultés ne furent pas soulevées à l'occasion de la *manus injectio* (Ihering, *Geist*, I, p. 147 ; II, p. 656 et seq.).

toire de paroles solennelles (*certa verba*) pour valider la prise de possession, effectuée par le créancier¹. Néanmoins, si l'on considère le parti très net que prend dans cette controverse le jurisconsulte romain², le doute n'est plus possible : la *Pignoris capio* appartient à la classification des actions de la loi.

Le créancier avait-il sur l'objet saisi les droits d'un simple créancier gagiste ou ceux d'un véritable propriétaire ? Devait-il garder la chose en sa possession ou pouvait-il en disposer à sa guise ? Le défaut d'acheteur entraînait-il pour lui la faculté de s'approprier le gage ? A ces questions, le texte trop peu étendu de Gaius³ ne donne pas de réponse : il nous informe seulement que le débiteur avait la liberté de reprendre l'objet saisi, après l'entier désintéressement du créancier⁴.

Là *Pignoris capio* constituait une procédure expéditive, qui cependant pouvait donner lieu à de vrais débats lorsque le créancier se voyait dénier par le débiteur le droit de prendre l'un de ses biens : le magistrat tranchait sans doute le différend, comme en matière de *cognitio extraordinaria* ; le créancier exposait le bien fondé de ses prétentions, et, à défaut de preuve suffisante, il devenait passible de dommages-intérêts. En dehors de ce cas exceptionnel, la *Pignoris capio*, contrairement à ce que nous avons vu pour la *Manus injectio*, donnait ouverture à une procédure très som-

¹ Gaius a omis de nous transmettre ces paroles.

² Gaius, C., IV, §§ 12 et 29.

³ Gaius, C., IV, §§ 26 à 29, 32.

⁴ Arg. Gaius, IV, 32, comp. avec IV, 29.

maire. Nous ne sommes plus en effet sur le terrain des intérêts privés, mais bien en matière d'intérêts publics et religieux que l'on ne saurait compromettre par de trop longs délais, et, si nous trouvons les uns sanctionnés par des voies d'exécution sur la personne, les autres protégés par des saisies, c'est que le riche patricien, plus souvent exposé aux poursuites pour des dettes concernant l'État ou la religion, avait pris bien soin d'écarter, en ce qui le regardait, la possibilité des rigueurs de la contrainte personnelle.

Les cas d'application de la *Pignoris capio* dérivaien, selon Gaius, de trois sources distinctes, qui sont : la Coutume, la loi des XII Tables et la loi Censoria.

La Coutume l'avait fait admettre dans des hypothèses relatives au service militaire : 1° pour le paiement de l'*æs militare*, c'est-à-dire de la solde due aux soldats par le tribun du Trésor (*tribunus ærarius*¹) ; 2° pour le paiement de l'*æs equestre* et de l'*æs hordearium* : par ces expressions on entend les sommes d'argent que, depuis Servius Tullius, les *viduæ* et les *orbi* étaient obligés d'accorder aux *equites*, l'une pour acheter un cheval et l'autre pour le nourrir².

¹ Aulu-Gelle, *Nuits att.*, liv. VII, ch. x (Définition de la *Pign. cap.* donnée par Caton.) Ce cas ne prit naissance qu'après la loi des XII Tables; car, d'après Tite-Live, l'origine de la solde accordée aux troupes romaines est postérieure à la prise d'Anxur (an 349, U. C.).

² Tite-Live, I, 43 et Cicéron, *de Republ.*, II, 40. Il faut entendre par ces mots : « *Viduæ* » et « *orbi*, » les femmes *sui juris* non mariées (Javolenus, L. 242, § 3, *De verb. sign.*, et Modestin, L. 401, *huj. tit.*) et les orphelins : car ces personnes ne se trouvaient pas représentées par un *paterfamilias* dans le contrôle de l'armée. (V° Festus, aux mots : *Equestre* et *Hordearium*.) Contra Bonjean

La loi des XII Tables avait concédé la faveur de la *Pignoris capio* dans deux cas qui ont trait à un fait religieux : tout d'abord au vendeur non payé d'une vic-time (*hostia*) destinée à un sacrifice¹ ; puis au locateur de bêtes de somme (*jumentum*), à la condition que le prix de la location fût affecté aux frais d'un sacrifice.

Enfin une loi *Censoria*² autorisa les publicains à se servir de la *Pignoris capio*, pour leur faciliter le recou-vrement des impôts (*vectigalia*).

La *Pignoris capio* survécut très certainement à la loi *Æbutia*³. Mais fut-elle abolie par les *duæ leges Juliae judiciarie* ? Il serait téméraire, croyons-nous, de le sou-tenir en présence d'un texte dans lequel Gaius semble affirmer son existence, même encore de son temps⁴.

(*op. cit.*, t. I, p. 408), lequel comprend sous le nom d'*orbis* tous les célibataires riches.

¹ Gaius, IV, § 28. — Keller, *op. cit.*, trad. de Ch. Capmas, p. 86, note 265 : « C'est par des raisons analogues que nous accordons un privilège au médecin dans le cas de faillite ou de déconfiture de celui qu'il a soigné. »

² Gaius, C. IV, § 28 ; Cic., *Verr.*, III, 11 ; Table de Malaga, ch. LXIV. — Le manuscrit de Gaius ne porte que la finale « ...oria. » Giraud (*Novum Enchiridion*, p. 250) et Keller (*op. cit.*, trad. Ch. Capmas, p. 86) lisent : « *Item lege prædiatoria.....* » Contra : Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 844. Nous retrouvons cette *lex Censoria* dans une lettre de Cicéron à son frère Quintus, préteur en Asie (Cic., *ad Quintum*, lett. 1, vol. I, p. 180, édit. Panckouke, Paris, 1831). Adde : L. 203, Dig., *de Verb. signif.*, L., 16 ; Varron, *de Re rustica*, II, 1.

³ Cicéron (2 act., *in Verrem*, III, 11) témoigne en effet de son fonctionnement au profit des publicains d'alors. — (Quant à la date de la loi *Æbutia*, V° *supra*, p. 16, note 1.)

⁴ Gaius, IV, § 31 : « *Per pignoris.....* » Le reste du passage est illisible. On suppose, d'après ces deux premiers mots, que la *Pignoris capio* est précisément l'action de la loi que l'on pouvait employer dans le cas de *damnum infectum*, mentionné au § 31.

Dans tous les cas, il ne règne plus d'obscurité en cette matière depuis la découverte, près du bourg d'Aljustrel, en Portugal, d'une table de bronze qui consacre de la façon la plus claire le bénéfice de la *Pignoris capio* au profit de concessionnaires de monopoles habitant le territoire des mines de Vipasca : or, d'après Mommsen et Hübner, cette table remonte à la fin du premier siècle de l'ère chrétienne et par conséquent à une époque postérieure aux deux *Leges Juliae*¹.

§ 2. — De la Bonorum sectio

La *Pignoris capio* relève à la fois du droit public et du droit sacré. La *Bonorum sectio* est une institution exclusivement de droit public : c'est une vente aux enchères de biens appartenant au peuple ou au fisc, faite par les questeurs au nom de l'État².

Les adjudicataires étaient soit des particuliers appelés

¹ En ce qui concerne la date des Lois Juliae, V^e *supra*, p. 16, note 1. — La table de bronze fut trouvée au mois de mai 1876, dans les mines de cuivre d'Aljustrel (province d'Alentejo, district de Beja, Portugal). Elle contient un fragment d'un règlement, émané du *procurator metallorum*, qui concède à des fermiers adjudicataires le monopole exclusif de certaines professions essentielles à l'hygiène publique et à la parfaite organisation du *vicus metalli vipascensis*. Les concessionnaires, désignés dans la table par ces mots : « *conductor socius actorve ejus*, » pouvaient exercer dans certains cas une prise de gage suffisante pour assurer le paiement de ce qui leur était dû. (Voir ce règlement dans la *Nouvelle Revue historique*, 1878, Jacques Flach, p. 269 *et seq.*; p. 650 *et seq.*)

² Gaius, C., IV, § 146.

*bonorum sectores*¹ ou encore *bonorum emptores*², soit des sociétés dont les capitaux considérables permettaient plus facilement d'aborder les enchères³. Dans les deux cas, simples acquéreurs et sociétaires pesaient d'un poids très léger dans l'estime publique, ce qui prouve le discrédit dont on entourait leur lucrative profession⁴.

Les cas d'application de la *Bonorum sectio* en font un mode d'acquisition qui n'est pas toujours *per universitatem*⁵; car ils se divisent d'eux-mêmes en deux catégories : ou bien on vendait des objets individuellement déterminés, tel que le butin de guerre⁶; ou bien, et ce second groupe est intimement lié à l'étude que nous aurons à faire de la *Bonorum Venditio*, on mettait aux enchères l'universalité d'un patrimoine, par exemple les biens confisqués (*publicatio*⁷), les biens dépendant

¹ Le mot : *Sector*, a-t-il pour étymologie le verbe *sequi*? Les acheteurs, en effet, *sequuntur lucrum*, se rendent acquéreurs en vue d'un bénéfice à venir. (Asconius, *sur les Verrines*, 2^e action, I, 20 et 23.) Ou bien est-ce un dérivé de *secare*, partager, par allusion à cette spéculation qui consiste à revendre en détail ce qu'on a acheté en masse? (Asconius, *sur les Verr.*, 2^e act., I, 23.) Les deux opinions sont également fondées : la seconde, plus généralement suivie, a été adoptée par Labbé, à son cours; Accarias, t. II, p. 170, n° 481 a, note 2; Vainberg, *op. cit.*, p. 100, etc...

² Cicéron, *Pro Roscio Amerino*, 26 et 43.

³ Cic., *Pro Rosc. Amer.*, 9, 21, 26, 43, 52 et *passim*; Asconius, I, 20.

⁴ Tacite, *Annales*, XIII, 23; Cicéron, *pro Rosc. Amer.*, 29 et 36; Suétone, *Vitellius*, 2; Festus, v. *Sectores*.

⁵ Eutrope, VIII, 6. Adde : Suétone, *Cesar*, 50.

⁶ Cicéron, *De invent.*, I, 43 et Florus, II, 6, § 48.

⁷ Cic., *pro Rosc. Amer.*, 43.

d'une succession vacante¹, les biens des proscrits et ceux des transfuges qui avaient été tués dans les rangs ennemis², enfin les biens des débiteurs du Trésor³.

De toutes ces hypothèses, la seule dans laquelle la *Bonorum sectio* joue véritablement le rôle de voie d'exécution, suivant le sens étroit que nous avons donné à cette expression, est la dernière, celle d'un débiteur du Trésor public, dont on met en adjudication les biens. Supposons donc un homme qui soit tenu d'obligations, par exemple un citoyen condamné à verser à l'*Ærarium* une amende pécuniaire qu'il n'acquitte pas; la procédure suivie contre lui comprenait trois phases distinctes : l'envoi en possession des biens, les appositions d'affiches et la vente en bloc de tout le patrimoine.

L'envoi en possession (*bona possessa*) avait lieu sur un décret du magistrat préalablement instruit du jugement qui avait infligé l'amende. C'étaient les questeurs du Trésor public (*questores ærarii*) qui entraient ainsi en possession de l'universalité des biens du condamné⁴, lesquels tombaient alors dans le domaine de l'État (*publicata*).

Intervenaient ensuite les annonces. On apposait des affiches (*proscriptiones*), sur lesquelles étaient inscrits le

¹ C. 1, C.; *De heredit. vel act. vend.*, IV, 39. (Zimmern, § 77, *in fine*; Stieber, *De bonorum emptione*, § 2, p. 5.) Les biens sans maître étaient en effet attribués au fisc.

² Cicéron, *pro Rosc. Amer.*, 43. — Les biens du grand Pompée furent ainsi, après sa mort, mis en vente par César (Cic., II^e Philipp., ch. xxvi.)

³ Cicéron, *pro Flacco*, 18. — C. 6, C., *De fid. et jur. hast. fisc.*, X, 3.

⁴ Tite-Live, XXXVIII, 60, et Cic., *Verr.*, 2^e action, I, 19.

nom du débiteur dont on mettait le patrimoine à l'encan, la désignation des biens offerts et le jour de la vente publique : de la sorte, chacun était à même de contrôler la valeur exacte des objets à réaliser.

Entre l'apposition des affiches et la vente un délai, dont nous ignorons l'étendue, devait être observé pour prévenir toutes déceptions de la part des enchérisseurs. Enfin les questeurs, au jour fixé, vendaient les biens aux enchères par le ministère du crieur public (*præco*)¹ et en présence de la lance (*sub hasta*), symbole de la propriété quiritaire². Celui-là se voyait attribuer le patrimoine, qui avait mis l'enchère la plus élevée.

Le *Bonorum sector* se trouvait dans l'obligation de verser au Trésor un certain prix en argent, formant le produit de l'exécution³ : sous la seule condition que le prix ait été payé et indépendamment de toute tradition ni autre solennité, il devenait propriétaire *ex jure Quiritium* des biens meubles et immeubles composant le patrimoine adjugé⁴. La vente en masse constituait par

¹ Cic., II^e Philip., § 26 : « *Hastâ positâ bona Cn. Pompeii..... voci acerbissimæ subjecta præconis* » ; de *Leg. agrar.*, II, 24, 56 ; pro *Sest.*, XXVI, 57.

² Cic., II^e Philip., § 26 ; C. 1, 5 et 6, C., de *Fid. et jur. hast.*, X, 3 ; Festus, V^o *Hasta*. — Zimmern, *op. cit.*, § XV ; trad. d'Étienne, p. 43 ; Mispoulet, t. II, p. 471 ; Serrigny, *Droit Public*, t. II, n^o 649.

³ Cic., II^e Philip., § 29 : « *Appellatus es de pecunia quam..... pro sectione debebas* » ; L. 45, § 10, Dig., De *jur. fisc.*, XLIX, 14 : « *Fiscalibus debitoribus petentibus ad comparandam pecuniam.* »

⁴ En effet, au dire de Varron (*de Re rust.*, II, 10), le *Sector* obtenait le *dominium legitimum*. Adde Gaius, III, 80 ; C. 3, de Gordien, C., de *Fid. et jur. hast.*, X, 3. — L'absence de solennités forme une exception à la règle d'après laquelle la propriété ne peut pas être transférée *solo consensu*.

elle-même une *successio per universitatem*, en vertu de laquelle le *sector* acquérait les créances et était tenu de toutes les obligations, augmentant ou grevant l'avoir du débiteur antérieurement à la mainmise de l'État : il lui succédait *jure civili*, comme un héritier, et non comme un *bonorum possessor*¹. Le débiteur n'en conservait pas moins sa personnalité : c'est ainsi qu'après la vente, nous le voyons encore tenu de ses dettes, dans la mesure où le prix obtenu n'avait pas suffi à les effacer².

Le *sector* bénéficiait d'un interdit spécial *adipiscendæ possessionis*, appelé *Interdictum sectorium*, pour se faire mettre en possession des biens³ ; puis, en sa qualité de successeur universel, il avait le droit d'exercer des actions contre les débiteurs du patrimoine acquis, comme il était tenu de répondre aux actions intentées contre lui par les créanciers de ce même patrimoine. Ces actions étaient-elles directes ? Nous le croyons. Le droit civil regardait la *Bonorum sectio* comme un mode d'acquisition *per universitatem* analogue aux successions : le *Bonorum sector* devenait propriétaire *ex jure Quiritium* et succédait *in universum jus* au citoyen exécuté, de même que l'héritier recevait en sa possession les biens actifs et passifs composant le patrimoine du *de cujus* ; de plus,

¹ Asconius, in Verr., I, 20 ; L. 41, Dig., De jur. fisc., XLIX, 14. — Arg. : L. 65, § 12, Dig., Pro socio, XVII, 2, qui motive ainsi la dissolution d'une société par suite de la confiscation (*publicatio*) des biens de l'un des sociétaires : « nam, cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur. »

² C. 3, C., De sent. pass., IX, 51.

³ Gaius, C. IV, § 146.

dans les deux hypothèses, il n'était point de tradition nécessaire. Pourquoi dès lors aller contester au *bonorum sector*, qui est déclaré propriétaire *ex jure Quiritium*, le droit de devenir, comme tout successeur universel, créancier ou débiteur, même *jure civili* ?

Telle est l'organisation de la *Bonorum sectio*. Nous voyons cette institution fonctionner vers l'année 563 ou 565 de la fondation de Rome ¹, et longtemps après, à mesure que nous avançons davantage dans la période impériale et dans le droit de Justinien, nous la retrouvons sous des noms « *venditio sub hasta* » et « *subhastatio* » qui rappellent l'intervention de l'*hasta* dans les ventes de biens publics. On lui donne encore le nom d' « *auctio* », par allusion à la solidité toute particulière de ces ventes garanties par l'État (*auctor*), au point que l'empereur n'a, lui-même, aucunement le pouvoir de les rescinder ². Cependant, pour être complet, nous ajouterons que l'expression « *auctio* » semble désigner plus spécialement dans les textes, non des ventes ordonnées par le fisc, mais des ventes volontaires d'objets particuliers faites avec publicité et aux enchères par des personnes privées ³.

¹ Tite-Live, XXXVIII, ch. LX. Il s'agit de la condamnation portée contre L. Scipion l'Asiatique, sur une accusation de péculat : « *In bona... quæstores prætor misit.* »

² C. 5, C., *De fid. et jur. hast.*, X, 3.

³ Accarias, t. II, p. 171, note 3; et Tambour, t. I, p. 113, note 1, § 2. (Ulpian, *Reg.*, XXII, § 26; Plaute, *Menechmes*, *in fine*, et *Pœnulus*, V. 408, 1358 et 1419; Cicéron, *pro Quintio*, 4 et 5; *pro Cæcina*, 5; II^e Philipp., ch. XXIX.)

§ 3. — Y avait-il, sous l'empire de la législation des XII Tables, un système général d'exécution sur les biens ?

Jusqu'ici nous avons dégagé le principe de l'exécution sur la personne appliqué sous deux formes : le *Nexum* et l'*Addictio* ; puis les dérogations apportées à ce principe par la *Pignoris capio* et la *Bonorum sectio*.

Nous nous demandons maintenant si, en dehors de ces deux dernières institutions, dont le domaine demeure étranger aux obligations passées entre simples particuliers, il n'existait pas un système plus général d'exécution sur les biens. En d'autres termes, est-il admissible que, pendant les siècles qui ont précédé la création de la *Bonorum Venditio*, la législation romaine n'ait connu de voies d'exécution que celles qui atteignent directement la personne des débiteurs ?

La réponse ne laisse pas que d'être fort controversée : car les textes, si nombreux et si féconds en ce qui concerne la contrainte personnelle, deviennent rares et très ingrats relativement aux poursuites à exercer sur les biens ¹. Les seuls documents qui nous puissent guider

¹ Cette controverse a son point de départ dans l'opinion de Niebuhr qui a prétendu, nous l'avons remarqué au commencement du paragraphe 3 du chapitre précédent (p. 38), que les plébéiens seuls se trouvaient soumis aux voies d'exécution sur la personne. Dès lors, pour rencontrer l'existence d'une voie de contrainte pratiquée contre les patriciens, on est forcément amené à conclure que l'exécution sur les biens fut de tout temps en vigueur.

en cette matière se réduisent à la loi *Pœtilia*¹ et à quelques passages de Denys d'Halicarnasse et de Tite-Live, dans lesquels ces historiens nous montrent de hauts personnages, tels que le futur roi Servius Tullius², le consul Servilius³, Virginius⁴, le dictateur Valerius⁵, dominer le peuple par le mirage d'un amoindrissement temporaire des droits des créanciers sur la personne et sur les biens de leurs débiteurs⁶.

La solution de notre problème dépend essentiellement des théories que nous avons émises sur le *Nexum* et l'*Addictio*.

A. — Le *Nexum*, avons-nous dit⁷, est une mancipation que fait le débiteur de sa personne, de ses biens et de toutes les personnes libres soumises à sa puissance : le *nexus* subit, par l'effet même de la convention, une *capitis deminutio* et tombe sous le *mancipium* de son créancier, entraînant avec lui toute sa *familia*. Le caractère du *Nexum* est donc à la fois personnel et réel et la

¹ Loi *Pœtilia* : « *Pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esset.* »

² Denys d'Hal., IV, ch. IX : «... ικανον ηγουμενος τοις δανισταις τας ουσιας των συμβαλλοντων κρατειν. »

³ En l'an 239 (U. C.), pour entraîner le peuple à marcher contre les Volsques (Denys d'Hal., VI, 29; Tite-Live, II, 24).

⁴ En l'an 260 (U. C.), pour récompenser les citoyens qui avaient pris part aux guerres de la République (Denys d'Hal., VI, 37).

⁵ En l'an 269 (U. C.), pour faciliter les enrôlements militaires (Denys d'Hal., VI, 41).

⁶ Pour plus de détails sur ces différents extraits, V^o Tambour, t. I, p. 16 et seq.

⁷ V^o *supra*, ch. I, § 1 : *Du Nexum*, p. 23 et seq.

voie d'exécution dont il est la cause frappe également la personne et les biens.

Les arguments abondent en ce sens. « Je ne souffrirai pas, disait aux Romains Servius Tullius avant son élévation au trône, que ceux qui emprunteront soient emmenés en prison pour leurs dettes, et je porterai une loi pour empêcher de prendre, pour garantie des prêts, le corps même des débiteurs, *regardant comme suffisant pour les créanciers de s'emparer de leurs biens* ¹. »

De même, d'après les quelques textes précédemment cités ², ne voyons-nous pas les consuls briser l'opposition de la plèbe aux expéditions militaires, par la promesse de suspendre, pendant toute la durée de la guerre, *les poursuites sur les biens* à l'égard des citoyens qui consentiront à s'enrôler, abandonnant au contraire les récalcitrants aux strictes conséquences de leurs engagements ?

D'un autre côté, en présence de l'élasticité des termes employés par la loi des XII Tables : « *Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* ³ », le créancier avait beau jeu pour exiger de son débiteur la double garantie résultant de sa personne et de ses biens ⁴.

La loi Pœtilia, qui vint restreindre aux biens du débiteur la sûreté que le créancier augmentait autrefois de l'engagement de la personne, n'est-elle pas encore un puissant argument en faveur de notre thèse ?

¹ Denys d'Hal., IV, ch. IX.

² Denys d'Hal., VI, ch. XXIX, XXXVII, XLI; Tite-Live, II, 24.

³ Table VI.

⁴ Puchta, *Curs. der Instit.*, t. III, p. 81.

En définitive, « avant la loi Poetilia, le créancier avait le choix entre la personne du débiteur et ses biens ¹. »

B. — En est-il de même dans l'hypothèse d'une exécution autorisée par jugement ? l'*addictio* prononcée accorde-t-elle aux créanciers le droit de s'attaquer aux biens de leurs débiteurs, en même temps qu'elle les investit d'un droit de saisie sur leur personne ?

MM. Guérard ² et Giraud ³ le soutiennent, et de fait, il semble surprenant que les décevirs, qui, d'après la tradition, allèrent en Grèce puiser l'inspiration de leur œuvre ⁴, n'aient pas modifié le droit antérieur de Rome, alors qu'un véritable système d'exécution sur les biens

¹ Vainberg, *op. cit.*, p. 96. Notre théorie a pour fondement le principe : lorsqu'une personne *sui juris* passe sous la puissance d'une autre, le patrimoine de la première est acquis à la seconde. Le droit du créancier sur les biens du *Nexus* est moins facile à établir pour les partisans du système où l'on voit dans le *Nexum* une promesse d'*operæ* (V^o *supra*, p. 23 et note 2). C'est pourquoi ils imaginent, à côté de l'engagement personnel résultant du *Nexum*, une *fiducia* relative aux biens (Tambour, t. I, pp. 19-24). Cette aliénation fiduciaire du patrimoine se heurte aux dispositions de la loi Poetilia, qui n'a pas aboli le *Nexum* et maintenu la fiducia, mais limité les anciens effets du *Nexum* en les restreignant aux biens des débiteurs.

² Guérard, *Essai sur le droit privé des Romains*.

³ Giraud, *op. cit.*, p. 100 et *seq.*

⁴ Tite-Live, III, 31 et *seq.*; Denys d'Hal., 10, § 64; Dig., I, 2, *De orig. jur.*, 2, § 4; Plin., *Hist. nat.*, XXXIV, 5; Cicéron, *De legib.*, 2, §§ 2 et 25; Dig., X, 1, *Fin. regund.*, 13, et XLVII, 22, *De colleg. et corp.*, 4; Lydus, *De magistratibus*, liv. I, § 34.

« Depuis Vico, cette légation en Grèce a été contestée par la critique historique. » (Ortolan, *Hist. de la législ. rom.*, p. 97.)

florissait à Athènes, grâce à la sage initiative de Solon¹. Par ailleurs, le soi-disant respect des Romains pour la propriété privée, quand on songe à la faible considération dont ils entouraient la liberté individuelle, ne peut vraiment pas former d'obstacle sérieux à la possibilité d'une exécution sur les biens².

Il est tout d'abord certain que l'*addictio* n'entraîne point comme conséquence l'attribution des biens du débiteur au créancier³. A la différence du *Nexum*, l'*addictio* revêt donc un caractère purement personnel. Le créancier ne pourra atteindre les biens qu'après la vente ou le meurtre de l'*addictus* : alors seulement le patrimoine deviendra « la propriété, ou, si l'on veut, le gage des créanciers qui, de deux choses l'une, ou se le partageront ou le vendront⁴. »

De cette considération, si l'on passe à l'examen du droit que reconnaissent aux créanciers « dès la première période » MM. Guérard et Giraud, « de poursuivre le débiteur dans ses biens avant d'agir contre sa

¹ Plutarque, *Vie de Solon*. (Οἱ χρεα λαμβάνοντες ἐπὶ τοῖς σώμασιν ἀγωγιμοὶ τοῖς δανειξουσιν ἦσαν. — Ο Σόλων Ἀθηναίους ἀπαλλάξας τοῦ ἐπὶ τοῖς σώμασιν ὀφείλειν.)

² Savigny, *Vermischte Schriften*, II, pp. 448 et 449. Contra : Niebuhr (*Römische Geschichte*, II, 670, 671 ; III, 479, 480) et Zimmern (*Geschichte des römischen Privatrechts*, vol. III, p. 429), lesquels proclament l'absence radicale d'une exécution sur les biens de l'*addictus* avant la promulgation de la loi Pœtilia.

³ Loi 3 des XII Tables : « Si volet, suo vivito. » (V^o *supra*, p. 32.) Rudorff émet une opinion fautive en avançant, d'après un texte de Gaius (III, 199), que l'*addictus* est soumis au *mancipium* du créancier (pour la réfutation, V^o Zimmern, *Traité des Act.*, trad. d'Étienne, § 45, note 15, p. 124, et Giraud, *des Nexi*, pp. 96 et 97).

⁴ Accarias, t. II, p. 843.

personne¹ », on demeure moins frappé de l'évidence des faits.

M. Guérard ne mentionne aucun texte à l'appui de son opinion.

M. Giraud cite, il est vrai, un passage de l'édit de Servilius qui porte : « *Ne quis militis.... bona possideret aut venderet*, etc. » ; mais cet extrait a cela de remarquable qu'il se rapporte vraisemblablement à l'exécution d'un *Nexum* plutôt qu'à celle d'un jugement².

M. Giraud fait encore le raisonnement suivant :

Les magistrats n'avaient nullement besoin de pouvoirs spéciaux pour octroyer aux créanciers le droit de s'emparer du patrimoine de leurs débiteurs. S'ils infligeaient des amendes (*mulcta*), ils avaient le droit de saisir à titre de gage, des biens appartenant aux condamnés, pour triompher, soit de leur mauvaise volonté par l'intimidation, soit de leur avarice par la vente des objets saisis ; ainsi, le magistrat qui avait convoqué le Sénat, pouvait opérer une semblable prise de gage contre les sénateurs frappés d'une amende pour ne s'être pas rendus à l'Assemblée³.

Ce raisonnement ne prouve qu'une chose : le prestige d'autorité dont on avait eu soin d'entourer la puissance du magistrat romain ; mais de ce fait il y a loin à déduire, par suite d'une analogie fort douteuse, au

¹ Guérard, *op. cit.*

² Tit.-Liv., II, 24, combiné avec Denys d'Hal., VI, 29.

³ Aulu-Gelle, XIV, 7, d'après Varron ; Tite-Live (III, 38), atteste le même droit au pouvoir des décemvirs. Adde : Tacite, *Annales*, XIII, 28, à l'égard des édiles curules et des édiles plébéiens, dont le pouvoir de prendre des gages fut restreint sous Néron.

profit des créanciers, un nouveau système de poursuite ayant une existence propre et régulièrement organisée par la loi.

Ce n'est pas, répond-on, un système régulièrement organisé par la loi que nous supposons : nous disons simplement que le magistrat, en vertu de son pouvoir, a introduit, à côté de la contrainte personnelle qui relève du droit civil, un mode d'exécution sur les biens.

Soit, la chose est possible, il en a même été ainsi pour la *Bonorum Venditio* ; mais reste à établir l'innovation effective du prêteur.

Tambour avec juste raison réclame des preuves ; sa conclusion sera la nôtre, la voici : « Sans repousser absolument la possibilité de l'existence, dans le très ancien droit, d'une exécution sur les biens *en vertu des jugements*, je ne considère pas ce fait comme suffisamment démontré ; même le silence complet des textes à cet égard, tandis qu'il est nettement question de l'exécution en vertu du contrat (*nous dirons* : en vertu de l'aliénation par mancipation), semble élever contre ce système d'assez graves présomptions¹. »

Y a-t-il là, à vrai dire, une lacune ? nous ne le croyons pas. Le *Nexum*, d'un usage très répandu, pourvoyait aux emprunts, aux cas les plus fréquents : il servait du reste les intérêts des créanciers, auxquels il procurait, en dehors de l'intervention judiciaire, toutes les sûretés possibles, et il mettait un terme à la terreur des gens qui, désireux d'emprunter, ne voulaient pas encourir les rigueurs de l'*addictio* ; que si cependant l'*addictio*

¹ Tambour, p. 28.

venait à être prononcée, le patrimoine de l'*addictus*, devenu vacant, était abandonné en paiement à ses créanciers.

L'exécution sur les biens n'eût donc favorisé que les débiteurs à la condition qu'elle fût substituée à l'exécution sur la personne : une transaction de ce genre était, certes, bien au-dessus de la générosité des prêteurs romains. Ceci nous explique l'indifférence intéressée des décemvirs, tous patriciens ou issus de familles patriciennes, à l'endroit des progrès accomplis par la législation d'Athènes. Qu'importe que la loi soit cruelle, si elle est juste ! Les rédacteurs des XII Tables prirent pour excuse de leur extrême sévérité, le respect que réclame la foi donnée « *fides* ¹ » ; prétexte trompeur sous lequel ils voulaient déguiser un motif social et politique : le maintien de l'influence des patriciens sur la plèbe par la supériorité que donnent la richesse et la direction monopolisée des rouages du gouvernement.

En résumé, dans cette première période du droit romain, l'exécution sur la personne occupe le premier rang : les poursuites exercées sur les biens n'y tiennent qu'une place très secondaire. Mais avec la *Bonorum Venditio*, nous laissons le terrain des conjectures pour la

¹ Denys d'Hal., VI, 61 ; Tite-Live, VIII, 28 ; Aul.-Gell., *Nuits att.*, XX, 1 : « *Sed eam capitis pœnam sanciendæ, sicut dixi, fidei gratia, horrificam atrocitatis ostentu, novisque terroribus metuendam reddiderunt.* » Cf. Troplong, *op. cit.*, p. 69-70 : « Ce qui excuse la loi des XII Tables, c'est sa religion pour la parole donnée ; c'est le fanatisme sincère de sa croyance dans la légitimité de la peine par laquelle elle sévit. »

voie plus certaine des faits positifs, et, à dater de ce moment, nous rencontrons un système d'expropriation forcée très caractérisé et dont l'organisation accuse un progrès des plus sensibles aussi bien dans les mœurs que dans la législation.

CHAPITRE III

Des Causes et des Sources de la *Bonorum Venditio*

SECTION PREMIÈRE

CAUSES

Les causes qui motivèrent la création de la *Bonorum Venditio* procèdent de la nécessité d'une réforme judiciaire répondant aux vœux d'une masse de citoyens malheureux, de même qu'aux besoins impérieux d'une législation vieillie.

§ 1^{er}. — Causes politiques

La nation romaine formée, non de deux ordres de citoyens, mais bien plutôt de deux peuples distincts, — le peuple vainqueur, composé des races patriciennes (*populus*), et le peuple vaincu, réduit en servitude, puis affranchi (*plebs*), — la nation romaine semble vouée dès

le principe à la lutte si naturelle entre tyrans et opprimés. Cette différence d'origine est comme le point de départ des inégalités injustes et blessantes qui, dans la suite, provoquèrent les revendications réitérées de la plèbe contre le patriciat ¹.

Aux patriciens, enorgueillis de leurs titres nobiliaires, le droit de commander par l'accaparement des fonctions sacerdotales, politiques et judiciaires; à eux les marques de distinction, la puissance et la richesse; aux plébéiens, de condition plus humble, le devoir d'obéir, sans la moindre participation aux auspices, au gouvernement ou à la justice ², sans même la ressource d'une

¹ La dualité originelle que nous assignons au peuple romain, d'après la théorie proposée par Niebuhr (*Römische Geschichte*, Berlin, 4^e édition, t. I, pp. 422-450, trad. par Golbéry, Paris, 1830, t. II, p. 143 et seq.) est généralement suivie par les romanistes allemands, français et belges (Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 25, note 3; Mispoulet, *Les Institutions politiques des Romains*, t. I, la Constitution, Paris, 1882, pp. 27-30; Maynz, *op. cit.*, t. I, p. 41). — Contra Mommsen (*Römische Forschungen*, Berlin, 1864, t. I, pp. 388-390) et Willems (*Le Sénat de la Rép. romaine*, Louvain, Paris, 1878, t. I, pp. 1-17; *le Droit public romain*, Louvain, Paris, 5^e édit., p. 31-33), lesquels placent l'origine de la plèbe, non pas dans la conquête, mais dans la dissolution des rapports qui rattachaient les clients aux patrons. Sans doute, il y eut à Rome une plèbe dérivant de la clientèle, mais infime et sans influence; tandis que la grande plèbe, l'« *optima et modestissima plebs* » (Cicéron, *De lege agraria*, II, 83) qui fit triompher les idées d'égalité civile et politique, fut la plèbe rustique, formant tout un peuple de petits propriétaires, distinct de celui de la Rome conquérante.

² Les plébéiens ne jouissaient pas du *jus honorum*. Bien entendu, dans ce parallèle, nous n'envisageons aucune des inégalités qui relèvent de la condition civile des deux partis; sans quoi il nous faudrait mentionner l'interdiction du *connubium* entre patriciens

voie légale qui leur permit de manifester leurs doléances ou leurs protestations : pour eux point d'honneurs, mais la dépendance et surtout la misère.

Écrasé d'impôts en temps de paix ¹, ruiné par des guerres incessantes qui l'obligent à délaisser la culture de sa terre pour risquer l'avantage d'un lot généralement dérisoire de butin ², le plébéien se voit contraint de quêter, auprès des patriciens enrichis, un argent qu'il devra payer, sinon de sa tête, du moins de sa personne : la mort ou la servitude est en effet pour lui la conséquence forcée d'un emprunt consenti à un taux léonin ³.

Aux rigueurs des créanciers ajoutons les lois agraires, et nous aurons le secret « des séditions qui ont agité Rome dès les premiers temps de la République ⁴. »

et plébéiens jusqu'à la loi Canuleia (an 309, U. C.) ; l'impossibilité d'user du droit de tester, du moins pendant toute la période du testament *calatis comitiis*, etc...

¹ Festus, V^o *Tributorum*.

² Niebuhr, *Römische Geschichte*, trad. de Golbéry, t. II, p. 385.

³ L'avarice fut bien l'un des vices nationaux du peuple romain (Horace, dans son *Épître à Auguste*, v. 103-107, et ailleurs, *In derisores natalium suorum*, v. 73-76) ; et cela, non seulement à Rome, mais encore dans les provinces. (Πλουταρχοῦ βίαι, Μάρκος Κάτων, XXI, p. 417 (édit. Amb. Firm. Didot) ; Tite-Live, *Hist.*, XXXII, 27 ; Cicéron, *ad Fam.*, v. XX, 307 (édit. Nisard), p. 295 ; *ad Attic.*, v. XXI, 253 (édit. Nisard), p. 239 ; in *Verrem*, PROCEM. et liv. III, ch. LXXII).

⁴ Tambour, t. I, p. 7. Adde : Bossuet, *Discours sur l'Hist. univ.*, 3^e partie, ch. VII, et Thaller, *Des faillites en dr. comp.*, t. I, p. 7. — Notons toutefois, d'après Tite-Live (*Hist. rom.*, IV, 6), l'attitude ordinairement calme et imposante de la plèbe revendiquant ses droits : « *Hanc modestiam, æquitatemque et altitudinem animi....* » (Laurent, *Études sur l'histoire de l'Humanité*, Bruxelles, 1862, t. III, p. 62.)

La plèbe tirée du néant par les réformes égalitaires de Servius Tullius ¹, est bientôt à même de puiser dans le secours qu'elle prête à l'aristocratie contre la royauté ², le sentiment de sa force et de ses droits méconnus. Sur le refus du Sénat de rendre la liberté aux prisonniers pour dettes, en dépit des promesses qu'avaient faites au peuple le consul P. Servilius ³ et le dictateur Manius Valerius ⁴, on émigre sur le Mont-Sacré ⁵. Ici se place la réconciliation des deux partis, mais au prix de l'affranchissement des esclaves pour dettes et de la libération des débiteurs insolubles ; révolution imposante qui aboutit, sans aucune effusion de sang, à la création du tribunat ⁶.

La puissance tribunitienne, s'arrogeant très vite un pouvoir plutôt gouvernemental que défensif, transforme successivement l'assemblée des plébéiens en un corps judiciaire ⁷, électoral et législatif ⁸. Puis, la loi des

¹ La plus importante est certainement d'avoir fait prévaloir le principe de l'égalité de tous les citoyens devant les charges de l'État par l'institution du cens et des centuries militaires.

² Denys d'Hal., IV, 9 ; V, 2.

³ En 259 (U. C.) pour recruter des soldats contre les Volsques (Tite-Live, II, 23 ; Denys, VI, 26-29).

⁴ Dans la guerre suivante.

⁵ En 260 (U. C.). Belot, *Histoire des chevaliers romains*, Paris 1866, t. I, pp. 54-59 ; 322-335 (Tite-Live, II, 28, 32 ; Denys, VI, 37, 45-83).

⁶ Tite-Live, II, 33 ; Denys, VI, 83-90.

⁷ Exil de C. Marcius Coriolan (en 263, U. C.) qui fut prononcé par les tribus, exclusivement composées de plébéiens. (Tite-Live, II, 34 ; Denys, VII, 59 ; IX, 43.)

⁸ En 268 (U. C.), rogation agraire du consul Spurius Cassius (Tite-Live, II, 41 ; Denys, VIII, 75, 76), reprise treize ans après par le tribun Cn. Genucius (Tite-Live, II, 54) : ils furent assassinés

XII Tables vient consacrer l'innovation d'un droit écrit ¹; les lois Valeriæ Horatiæ, l'identité des résolutions votées par l'assemblée des tribus avec les lois votées par les centuries ²; enfin l'amoindrissement du pouvoir consulaire par la création de la censure ³, par l'admission des plébéiens au consulat ⁴, à l'édilité curule ⁵, à la dictature ⁶, à la censure ⁷, à la préture ⁸, au sacerdoce même ⁹, et la force obligatoire attribuée aux plébiscites par la loi Hortensia ¹⁰ consomment l'égalité civile et politique entre deux classes rivales depuis près de cinq siècles et maintenant gratifiées des mêmes droits.

Désormais la plèbe avait en main le pouvoir de soustraire, sinon de fait, du moins légalement, les citoyens obérés à la barbarie de leurs créanciers. Le préteur comprit le devoir que lui imposait la prépondérance de

par les patriciens. Tribunat de Publius Volero, en 282 (U. C.), et loi Publilia Voleronis, *conférant aux tribus l'élection des tribuns*, votée en 283 (U. C.) par l'assemblée des tribus et sanctionnée de vive force par les curies. (Denys, IX, 41, 49.)

¹ De 303 à 305 (U. C.).

² En 305 (U. C.) Tite-Live, III, 55; Denys, XI, 45.

³ En 319 (U. C.) Tite-Live, IV, 8.

⁴ Les lois Liciniæ Sextiæ portaient encore réduction des dettes et partage entre les plébéiens d'une partie du domaine de l'État. Après dix années d'efforts (378-388 U. C.), les consuls C. Licinius Stolo et L. Sextius obtinrent enfin satisfaction (Tite-Live, VI, 35, 36, 38, 39-42).

⁵ En 390 (U. C.) Tite-Live, VII, 1.

⁶ En 398 (U. C.) Tite-Live, VII, 17.

⁷ En 403 (U. C.) Tite-Live, VII, 22.

⁸ En 417 (U. C.) Tite-Live, VIII, 15.

⁹ Loi Ogulnia en 454 (U. C.). Fustel de Coulanges, *la Cité antique*, pp. 361-363.

¹⁰ En 467 (U. C.) Gaius, *Instit.*, I, § 3; L. 2, § 8, *De orig. jur.*, I, 2.

la caste émancipée¹ ; il donna satisfaction à ses vœux en introduisant, sous la forme de la *Bonorum Venditio*, un système d'exécution sur les biens qui respectait au moins le droit des débiteurs à l'existence et à la liberté.

§ 2. — Causes juridiques

La *Bonorum Venditio* tire encore sa raison d'être des lacunes profondes qui viciaient le vieux droit civil.

Un régime d'exécution contre les débiteurs constitue une nécessité d'ordre tout à la fois public et privé², mais les exigences sociales et la sauvegarde des intérêts particuliers ne vont pas jusqu'à autoriser le mépris des côtés intéressants par lesquels peut se recommander leur situation. Les voies primitives de contrainte, le *Nexum* et l'*Addictio*, protégeaient l'un des contractants par l'anéantissement légal de l'autre ; c'était un système d'un radicalisme outré, qui ne paraît au péril de l'inaccomplissement des obligations, que pour se heurter à un autre écueil non moins dangereux, à la cruauté dans l'exécution.

Un premier pas vers l'équité fut accompli par la loi *Pœtilia* : le *Nexum* se trouvait aboli et le gage des

¹ Sans doute, les deux siècles environ qui séparent de la loi *Hortensia* la création de la *Bonorum Venditio* (467-649 U. C.) modifièrent profondément les idées ; mais rien n'empêche, par exemple, de supposer que le consul P. Rutilius fut de race plébéienne.

² *Supra*, Introduction, pp. 6 et 8.

créanciers se bornait aux biens de leurs débiteurs. Le principe de l'exécution sur les biens était par conséquent formulé ; restait à en arrêter législativement les détails d'application. Par ailleurs, l'*Addictio* continuait de subsister, quoique tempérée dans ses effets, mais elle n'atteignait jamais le patrimoine qu'indirectement, en forçant l'*addictus* à réaliser lui-même son actif pour s'épargner la triste alternative de l'esclavage ou de la mort. Le grand progrès à réaliser était donc d'organiser un procédé qui permit d'arriver judiciairement à l'exécution sur les biens.

Un système nouveau s'imposait d'autant plus que, depuis la disparition du *Nexum*, il était bien difficile de sévir contre les débiteurs de mauvaise foi. La *Manus Injectio* nécessitant, comme toutes les Actions de la Loi ¹, la présence simultanée des parties en cause, le défaut du défendeur constituait un obstacle absolu à la solution de l'affaire en litige. Or le territoire de Rome, compris à l'origine entre Crustumerium et Ostie, avait subi, surtout depuis le commencement du VI^e siècle, une extension telle qu'un débiteur habile en expédients était toujours maître de se soustraire à la contrainte par corps ². Au contraire, avec une procédure frappant directement les biens, de deux choses l'une : ou le débiteur se présente pour conserver son patrimoine, ou bien, s'il croit à son insolvabilité, il se tient à l'écart du procès et laisse poursuivre la vente de son faible avoir ; dans les deux cas, l'exécution est certaine.

¹ A l'exception pourtant de la *Pignoris Capio*.

² Ch. Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 600.

Le préteur Rutilius introduisit la *Bonorum Venditio* ; c'est donc à lui que revient l'honneur d'avoir appliqué l'expropriation forcée comme mode d'exécution des sentences de condamnation.

A la vérité, l'innovation était loin d'être téméraire.

Sous l'influence d'une civilisation plus avancée, les préjugés d'autrefois avaient fait place aux idées vraies. Le principe en vertu duquel « la liberté individuelle a encore plus de droits que l'obligation juridique n'impose de devoirs ¹ » ne pouvait plus sembler une fantaisie perturbatrice ; le caractère moral de l'engagement ne comportait donc rien en lui qui pût choquer l'esprit.

La richesse publique s'était développée dans de singulières proportions, au point de rendre facilement abordables les adjudications de grande importance, telles que les adjudications d'immeubles ².

Il n'est pas jusqu'à l'exemple des législations étrangères qui n'ait stimulé les sentiments de réforme du préteur. Bocchoris, et, après lui, Sésostris avaient déjà depuis longtemps consacré, pour le plus grand bien de l'Égypte, le principe de l'exécution sur les biens des débiteurs ³. Solon, plus humain que Dracon, avait lui aussi, à son retour d'Égypte, corrigé les usages d'Athènes par un règlement identique des droits des

¹ Troplong, *op. cit.*, p. vi.

² Le commerce maritime s'introduisit à Rome après les guerres puniques, au commencement du vii^e siècle (Gravina, *Esprit des Loix romaines*, trad. Réquier, 1821, p. 78). Il y fut, plus tard, une source féconde de richesses, principalement pour la classe moyenne qui devait être la grande force de la République.

³ Montesquieu, *Esprit des Loix*, liv. XX, ch. xv.

créanciers¹, ne maintenant la contrainte par corps que dans des cas exceptionnels et limitativement déterminés².

L'innovation prétorienne, loin d'être entachée d'une imprudente hardiesse, semblait donc au contraire une mesure d'État et un progrès de législation naturellement commandés par l'adoucissement des mœurs, l'aceroissement de la fortune publique et la réforme des lois des autres nations.

SECTION II

SOURCES

Les préteurs romains, organes du droit civil, cherchaient moins à abroger les anciennes institutions qu'à les maintenir sous une forme plus neuve et par là plus utile : ils dégageaient le vieux droit de toutes rigueurs démodées par les temps et les milieux différents, puis ils le conservaient épuré, changé, mais reconnaissable dans les grandes lignes qui en avaient guidé la transformation.

¹ Πλουταρχοῦ εἰσι· Σόλων, XV, p. 103 (Edit. Didot). Diodore, liv. II, part. II, ch. LXXIX. Si on rapporte l'introduction de la *Venditio* au plus jeune des Rutilius qui fut consul en 649 (U. C.), on constate que la réforme de Solon, qui fut le contemporain de Tarquin l'Ancien (438-476 U. C.), précéda d'environ 500 ans celle du préteur romain.

² Caillemer, *Études sur les antiquités juridiques d'Athènes*, 9^e étude : *Le contrat de prêt à Athènes*, pp. 34-37.

Fidèle à sa mission comme au culte du passé, Rutilius organisa un système nouveau par la fusion des divers éléments que lui prêtaient la *Bonorum sectio* et la *Manus injectio* : c'est ainsi que, sans abolir la procédure des XII Tables, ce qu'il n'était pas en son pouvoir de faire, il créa la *Bonorum Venditio*.

La *Sectio* fournit au préteur l'idée de généraliser contre les débiteurs privés l'expropriation déjà applicable aux condamnés envers l'État : ce qui existait en droit public, il l'étendit aux rapports de droit privé et, comme le fisc, de simples particuliers purent poursuivre la vente de l'universalité des biens de leurs obligés. La *venditio*, de même que la *sectio*, fut une vente en masse ; mais, différente par son origine, elle le fut aussi dans ses conséquences : en effet, l'*emptor* ne succédait pas *in universum jus* en qualité d'héritier du droit civil, il n'avait qu'une succession prétorienne analogue à la succession civile, il se trouvait *loco heredis* ; c'est pourquoi les actions qui étaient accordées pour ou contre lui n'étaient point des actions directes, mais des actions prétoriennes, des actions utiles. Quoi qu'il en soit, la *Bonorum Venditio* est un genre de succession universelle : or il est naturel de discerner dans la *sectio* le type de cette transmission successorale de l'ensemble des droits d'une personne à une autre qui s'en rend acquéreur moyennant l'enchère la plus élevée ¹.

À la *Manus injectio* le préteur emprunta les délais et les différentes phases de la *venditio*.

¹ Stieber, *de Bonorum emtione apud veteres Romanos*, P, I, 8, § 2, Leipzig, 1827.

L'ancien délai, l'ancien armistice légal qui suit la condamnation, est maintenu.

Le préteur rend, aussitôt après, un décret pour envoyer les créanciers en possession de l'universalité des biens de leur débiteur. Cette *missio in possessionem* d'une durée de trente jours contre les vivants, de quinze contre les morts¹, correspond à la *manus injectio* ou mainmise du droit civil sur la personne : c'est la première phase de la procédure.

La deuxième phase comprend l'annonce de la vente par voie d'affiches (*proscriptio*), la nomination d'un syndic (*magister*) et la publication des conditions de la vente (*lex bonorum vendendorum*), comme autrefois on proclamait le montant de la dette à solder par l'*ad-dictus*.

Trente jours quant aux vivants, vingt quant aux morts doivent s'écouler entre le décret autorisant la nomination du *magister* et l'adjudication des biens : d'où si l'on joint à ce délai de trente jours l'intervalle d'égale durée imposé pour la possession des biens, on retrouve le chiffre sacramentel de soixante jours prescrit par les XII Tables pour passer de la mainmise sur le débiteur à la vente de sa personne.

Enfin, dans une dernière phase, le patrimoine entier est transféré par adjudication (*addicebatur*) à celui dont les enchères comportent le dividende le plus avantageux pour les créanciers. De la sorte a lieu la vente de la totalité des biens du débiteur, comme jadis existait celle de sa personne physique *trans Tiberim*.

La *Bonorum Venditio* est donc bien « une imitation presque fidèle de la *Manus Injectio*, avec cette différence

qu'au lieu de la personne, c'est l'universalité des biens du débiteur qui en fait l'objet. La personnalité juridique, c'est-à-dire l'ensemble de tous les droits actifs ou passifs qu'avait le débiteur, a pris la place de la personnalité physique : on applique à l'une ce qui, dans l'action de la loi, s'appliquait à l'autre ¹. »

Sans doute, la *venditio* n'était pas entièrement dégagée des rigueurs du droit primitif : par exemple l'exproprié assistait de son vivant à l'ouverture de sa propre succession ; pour la dette la plus minime, il encourait l'infamie avec tout le cortège de dégradations et d'incapacités de droit inhérentes à cet état.

Mais enfin le prêteur transportait judicieusement sur les biens l'exécution pénale que le droit civil infligeait à la personne ; c'était le patrimoine, au lieu du corps, qui était livré et susceptible d'être partagé ². En vertu d'une fiction imitée de la loi des XII Tables, le débiteur était censé mort à ses créanciers ³ ; mais la mort juridique avait remplacé la mort physique : à la mort réelle avait été substituée la honte ⁴. L'infamie n'était d'ailleurs encourue qu'à dater de la vente elle-même : et ainsi de même que, durant soixante jours, l'*addictus*,

¹ Ortolan, *Législ. rom.*, t. III, p. 581. Adde, n° 1163, p. 114 et 115.

² Cujas (sur le titre au Code : *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71) signale ainsi l'artifice du prêteur : « *Secabatur corpus in partes ; secantur tantum bona et fama debitoris ex edicto.* »

³ Paul (L. 65, § 12, Dig., *Pro socio*, XVII, 2) : « *Nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.* »

⁴ Tertullien (Apolog.) : « *Suffundere sanguinem hominis maluit, quam effundere.* » Or, d'après saint Jérôme : « *Non idem suffundi et torqueri* » ; car « *suffundi* » c'est « *erubescere*, » tandis que « *torqueri* » c'est « *longo tempore cruciari.* »

possédé par son créancier, traité de fait comme esclave sans l'être encore de droit, ne tombait en servitude que par la vente de sa personne, sauf le cas où il serait rentré par un paiement dans l'intégrité de ses droits, de même la *missio in possessionem* créait un état provisoire, suspensif de l'exercice des droits privés, mais révoquant par la libération du débiteur.

De ces nombreux rapprochements il résulte entre le droit civil et le droit prétorien une analogie frappante, une assimilation complète. Le droit civil est respecté par le maintien de l'exécution corporelle consacrée aux termes de la loi des XII Tables : l'édit du préteur vient en le calquant le compléter par l'introduction d'une voie d'exécution sur les biens. Il n'y a point, par suite d'un brusque changement, substitution d'une procédure à l'autre : toutes les deux coexistent ; mais, tandis que la plus ancienne ne reste guère en usage que dans le cas d'un débiteur indigent ou pourvu d'un léger avoir, la plus récente devient le mode habituel d'agir contre les débiteurs dont le patrimoine est gros de ressources pour leurs créanciers ¹.

La *Venditio* parut aux yeux de tous un remède si efficace qu'on en étendit rapidement le champ primitif d'application². Bien plus, le droit quiritaire s'humanisant crut devoir concéder, par une juste réciprocité, aux insolubles de bonne foi la faculté de se soustraire à l'emprisonnement résultant de l'*addictio*, et même à l'infamie attachée à la *Venditio*, moyennant l'abandon

¹ Troplong, *op. cit.*, p. cix.

² Cicéron, *pro Quint.*, 49, combiné avec Gaius, III, 78.

complet de leur patrimoine aux mains de leurs créanciers. Malheureusement la *Bonorum cessio* ne fut introduite que fort tard, vers la fin de la République, par une loi *Julia judiciaria*¹, sans doute de Jules César (an 708 U. C.)² : c'est là le reproche, le seul, que la critique soit en droit de formuler, car « si dans la République romaine les législateurs avaient établi la cession de biens, on ne serait pas tombé dans tant de séditions et de discordes civiles, et on n'aurait point essuyé les dangers des maux ni les périls des remèdes³. »

¹ Gaius, III, 78 ; C. Theod., tit. *Qui bon. ex lege Julia ced. poss.*, IV, 20 ; C. 4. C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71. Une idée analogue se retrouve dans le JURAMENTUM BONÆ COPIÆ des *Nexi* libérés, mentionné par Varron (*de Ling. lat.*, VII, 103) à propos de la loi Pœtilia (*supra*, p. 44), et qui, après cette loi, se maintint en vigueur sous la forme d'un usage dû à la tolérance des créanciers ; l'œuvre de la loi Julia fut donc d'ériger en un droit pour certains débiteurs le bénéfice de la cession de biens (Zimmern, *op. cit.*, § LXXVIII, notes 10 et 11, trad. d'Etienne, p. 241 et 242 ; Giraud, *op. cit.*, p. 149). Encore la nouvelle disposition n'eut-elle tout d'abord force obligatoire que pour l'Italie, puis l'application en fut étendue aux provinces avant le règne de Dioclétien (C. 4, de Diocl. et Max., C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71).

² César fut effectivement plein de mansuétude pour les débiteurs victimes de prêts usuraires (Tacite, *Ann.*, VI, 11 et 16 ; Suétone, *sur Jules César*, § 42 ; César, *de Bello civili*, III, 1 ; Dion Cassius, LVIII, 21). De plus, nous observerons avec Maynz (*op. cit.*, t. II, p. 601, note 33) qu'il est question pour la première fois de la cession de biens dans la *Tabula Heracleensis*, laquelle, selon toute probabilité, est un exemplaire de la loi municipale de Jules César. V° *supra*, p. 16, note 1, *in fine*.

³ Montesquieu, *De l'esprit des Loix*, liv. V, ch. xv.

DEUXIÈME PARTIE

PROCÉDURE DE LA « BONORUM VENDITIO »

« *Suum cuique tribuere*¹ »

ULPIEN.

Deux voies différentes s'ouvraient au choix des créanciers qui voulaient agir : la contrainte corporelle² et l'exécution sur les biens³.

L'*addictio*, dégagée de ses effets rigoureux ainsi que des formalités de la *Manus injectio*, pouvait être demandée à l'expiration du délai de grâce accordé à tout condamné : le préteur décernait alors une sorte de mandat d'arrêt, un *duci jubere*, qui permettait au créancier d'appréhender au corps le débiteur et de l'emmener chez lui pour le contraindre par le travail à l'entier

¹ Ulpian, L. 10, § 1, Dig., de Just. et jur., I, 1.

² Aulu-Gelle, Nuits att., XX, 1 : « *Addici namque nunc et vinciri multos videmus.* »

³ Cic., pro Quintio ; Gaius, III, 77-81 ; Just., Inst., III, 12, præm., de Successionibus sublati quæ fiebant per bonorum venditionem, et Théophile, ad h. t. ; Titt., Dig., XLII, 1-8 ; Titt., Cod., VII, 72-74.

acquiescement de sa dette. De perte d'ingénuité, d'esclavage de droit ou de fait, il n'était plus question : le seul côté défectueux de l'emprisonnement privé était une détention, reconnue sans contrôle au pouvoir de créanciers toujours enclins à outrepasser leurs droits ¹.

La *Bonorum Venditio* offrait un second moyen d'action plus direct encore.

Ce qu'il importe ici de remarquer, c'est la distinction qui sépare deux voies d'exécution, dont l'une ne saurait constituer une phase de la procédure de l'autre. Nous avons deux systèmes de poursuite parallèles, absolument indépendants : c'est donc une erreur de considérer l'incarcération du débiteur comme le préliminaire indispensable de la vente de ses biens ².

L'opinion adverse a pour fondement certains passages de la loi *Rubria Galliæ Cisalpinæ*, où il est dit par exemple à propos du *judicatus* ou du *confessus* qui ne s'exécute pas : « *Prætor... eosque ducei, bona eorum possidere, proscribere veneireque jubeto* ³. » L'argument est tout ce qu'il y a de plus réfutable. De ce que la loi mentionne le *duci jubere* à côté de la *Venditio*, il ne s'ensuit pas que l'un soit un incident de la procédure de l'autre : il y a là, en matière d'exécution des sentences, une énumération dans laquelle figurent deux attributions différentes du préteur, et rien de plus. Du reste ni

¹ Quintil., *Inst. orat.*, V, 10, 60 ; VII, 3, 27 ; Gaius, III, 189-199.

² Zimmern (*op. cit.*, § LXXVI, trad. d'Étienne, p. 232 et 233) et Ortolan (*Législ. rom.*, III, p. 580, note 2, et p. 582, note 1) sont tombés notamment dans cette erreur.

³ Ch. xxii, verset 47 ; adde, verset 51 : « *eorum cujus bona possidere, proscribere, veneire, duceique eum jubeat.* »

Gaius¹, ni Théophile² ne nous parlent d'un emprisonnement préalable du débiteur et, d'un autre côté, Cicéron n'émet pas la plus légère allusion à cette prétendue formalité : c'est donc qu'en droit elle n'existait pas³.

L'exécution sur les biens pouvait, même en matière civile, suppléer à l'exécution contre la personne, rendue en fait impossible par suite d'*indefensio* ou exceptionnellement interdite comme dans l'hypothèse de la *Bonorum cessio*. Mais si l'on suppose pour le créancier non payé la faculté de recourir à l'une ou l'autre procédure, la question d'établir les rapports probables qui existaient entre elles deux devient fort obscure : aussi, nombreuses sont les controverses que l'insuffisance actuelle des sources a fait naître sur ce point⁴.

Des auteurs restreignent la contrainte personnelle au prêt d'argent et autorisent en tout autre cas l'exécution sur les biens⁵. Mais alors, pour être logique, on devrait nier l'existence possible d'une *actio de pecunia certa credita*, en vertu d'une *stipulatio* ou d'une

¹ Gaius, III, 77-81.

² Théophile, liv. III, titre 12 : *De success. subl.*

³ Cicéron, *pro Quintio*, VI : « *Postulat a Burrhieno prætor Nævius ut ex edicto bona possidere liceat. Jussit bona possideri.* » L'incarcération préalable du débiteur était si peu nécessaire, que Nævius obtint du prêteur la *missio in possessionem*, alors que Quintius se trouvait absent et dès lors à l'abri de toute contrainte corporelle. (Keller, *Semestrium ad Ciceronem*, I, p. 69 et seq.; de Caqueray, *Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron, pro Publio Quintio*, p. 101 et seq.)

⁴ Keller, *op. cit.*, § LXXXIII, trad. de Ch. Capmas, p. 398 et 399.

⁵ Savigny, *Vermischte Schriften*, II, p. 403, et Giraud, *op. cit.*, p. 141. — Contra, Zimmern, *op. cit.*, § XLV, note 12, trad. d'Étienne, p. 124.

expensilatio ayant pour objet une somme d'argent ! Il faudrait de même critiquer la formule trop large de la *Manus Injectio*¹ ainsi que les termes trop étendus de la loi des XII Tables², car il est évident que, d'après la loi décenvirale, il suffit d'un *judicatum* ou d'une *confessio* pour autoriser l'*addictio per manus injectionem* : or rien ne prouve que l'*actio judicati*, relevée dans certains passages pour les besoins du système que nous combattons³, ait eu pour cause un prêt d'argent. Du reste il est manifeste que les magistrats romains se prêtaient avec une rare bienveillance à la demande de « *domum ducere* » qui leur était adressée⁴.

On a encore avancé, par suite d'une interprétation trop subtile de la loi Rubria⁵, que « le créancier, ayant choisi l'exécution sur les biens, ne pouvait plus recourir à la procédure de la contrainte corporelle, quand même il n'aurait pas été complètement dédommagé par les biens du débiteur⁶. »

Pour nous, sans regarder l'*Addictio* et la *Venditio* comme deux modes tellement séparés qu'il fût impossible d'en faire usage simultanément⁷, nous pensons que

¹ Gaius, IV, 21 : « *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es, sesterterium X millia...* »

² Aul.-Gell., XX, 1 : « *Æris confessi rebusque jure judicatis...* »

³ Gaius, IV, 21; Aul.-Gell., XX, 1; Tit.-Liv., VI, 14, 34, 36, XXIII, 14; Denys d'Hal., VI, 23 *in fine*, 83 *in fine*; etc.

⁴ Gaius, IV, 21 *et seq.*

⁵ Ch. xxii, versets 47 et 51 (*Supra*, p. 82).

⁶ Puchta, *Cursus der Institutionem*, t. II, p. 244, 5^e édit.

⁷ Giraud (*op. cit.*, p. 143) estime, en effet, que « la saisie de la personne et celle des biens avaient lieu *simultanément*; mais celle-ci n'était plus la conséquence tacite de la première; il fallait qu'elle fût demandée et obtenue spécialement. »

ces voies d'exécution constituaient des moyens différents de procéder, l'un civil, l'autre prétorien, tous les deux subordonnés au gré de celui qui voulait agir. La prison, contre le débiteur sans patrimoine connu, pour l'obliger à produire un argent caché ou à solliciter des avances de la part d'amis complaisants ; la *Bonorum Venditio*, contre le propriétaire de biens plus ou moins étendus : telle paraît vraisemblable la destination particulière de ces procédures, dont le choix nous semble entièrement commandé par l'intérêt du créancier¹.

Dans tous les cas, il n'est pas douteux que l'exécution sur la personne continua d'être en général regardée comme le mode ordinaire de poursuivre les débiteurs : car, à la différence de la *missio in possessionem* que nous verrons dépendre de l'*imperium*, le droit d'autoriser l'*addictio* ne cessa pas de rentrer dans les attributions de la *jurisdictio*².

La *Bonorum Venditio* est le système d'exécution perfectionné qui caractérise la période formulaire. Deux phases s'y rencontrent nettement délimitées : l'envoi en possession et la vente des biens du débiteur ; parfois cependant le droit du créancier s'arrête à l'envoi, sans aller jusqu'à la vente.

Notre deuxième partie se trouve ainsi divisée en deux chapitres principaux, dans lesquels nous traiterons : 1° De la *MISSIO IN POSSESSIONEM*, et 2° De la *BONORUM VENDITIO* proprement dite.

¹ Cujas, AD TIT. *Qui bon. ced. poss.* : « *Quod judicatus nihil aut parum habuerit in bonis...* »

² Keller, *op. cit.*, § LXXXIII, trad. de Capmas, p. 399.

CHAPITRE PREMIER

De l'Envoi en possession

La *Missio in possessionem rei servandæ causa*, la seule qu'il nous faille étudier ici ¹, est une mesure conser-

¹ En dehors de cet envoi à titre universel, appelé *rei servandæ causa* par les jurisconsultes romains (Ulp., L. 1, Dig., *Quibus ex causis in poss.*, XLII. 4), nous trouvons en effet : 1° à titre particulier, l'envoi en possession accordé au voisin d'une maison menaçant ruine, dont le propriétaire s'obstine à refuser la *cautio damni infecti* (Dig., Tit., *De damn. inf.*, XXXIX, 2); 2° à titre universel : la *missio legatorum servandorum causa*, pour les bénéficiaires d'un legs ou d'un fidéicommiss à terme ou sous condition, au cas où l'héritier refuse d'en garantir la prestation au moyen d'une *satisfactio* (L. 5, *pr.* et *aliàs*, Dig., *Ut in poss. leg.*, XXXVI, 4; L. 5 et *aliàs*, C., *eod.*, VI, 54); la *missio Antoniana*, pour les bénéficiaires de legs ou fidéicommiss échus et exigibles, lorsque l'héritier cité devant le prêteur ne s'est pas exécuté dans les six mois (L. 5, §§ 16 et 25; Dig., *Ut in poss. leg.*, XXXVI, 4; L. 6, C., *eod.*, VI, 54); la *missio ventris nomine*, pour la femme enceinte d'un enfant qui serait appelé, à sa naissance, comme *heres suus* ou *inter liberos*, à la succession de son père défunt (L. 1, *pr.*, et plus loin, Dig., *De ventr. in poss.*, XXXVII, 9); la *missio ex Carboniano edicto*, pour l'impubère qui se voit contester sa filiation légitime, d'où dépend pour lui un droit de succession (L. 1, Dig., *De Carb. ed.*, XXXVII, 10); la *missio furiosi nomine*, pour le curateur d'un fou, jusqu'à ce que celui-ci meure ou jouisse d'un état

vatoire ou un moyen indirect de contrainte, en vertu duquel les créanciers non payés reçoivent du prêteur l'autorisation de s'emparer de l'universalité des biens de leur obligé¹.

Le qualificatif même de cette *missio* nous révèle un acte d'exécution n'offrant pas un caractère définitif : c'est un acte purement introductif de la procédure de la *Venditio*, mais un acte qui en forme le préliminaire *obligatoire* et qui sert, tantôt à préserver le gage des créanciers, tantôt à vaincre la résistance du débiteur en le contraignant à payer ou à défendre à l'action intentée contre lui².

Les développements que nous avons à fournir en cette matière, peuvent être groupés en cinq sections relatives aux *cas d'envoi*, aux *moyens d'écarter l'envoi*, puis à la *procédure*, aux *effets* et aux *modes d'extinction de l'envoi*.

de santé qui lui permette de prendre un parti relativement à sa qualité d'héritier (Dig., Tit., *De bon. poss. fur.*, XXXVII, 3); enfin la *missio ex edicto D. Hadriani*, pour l'*heres scriptus*, muni d'un testament qui semble, à première vue, régulier (Cod., Tit., *De edict. div. Hadr. toll.*, VI, 33).

¹ A la différence de notre Code français, la législation romaine avait organisé sur les mêmes bases la faillite et la déconfiture : l'équité se trouvait, par là, davantage respectée, puisque les créanciers d'un débiteur commerçant ou non commerçant étaient assurés d'une égale répartition.

² Pour attribuer à la *Venditio* un préliminaire simplement facultatif, on argumente du silence du § 78 du C. III de Gaius relativement à l'envoi; mais le doute ne tient pas devant les termes si explicites du § 79, rapprochés de la loi 6, au Digeste, *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

SECTION PREMIÈRE

DES CAS D'ENVOI EN POSSESSION

Les cas d'envoi en possession dérivent tous, à l'origine, de la nécessité d'accorder aux créanciers non payés le moyen de rentrer dans leurs fonds, alors que, pour une cause quelconque, il ne leur est possible d'obtenir contre les débiteurs ni condamnation ni aveu. Nous ne voulons de cette assertion d'autres preuves que l'énumération restrictive des différents cas de *missio* relatée par Cicéron, d'après les termes même de l'Édit : « *Qui fraudationis causa latitarit, cui heres non exstabit, qui exsulii causa solum verterit, qui absens judicio defensus non fuerit*¹ ». Cicéron fait ainsi de l'absence du débiteur une condition absolue de l'envoi².

Les causes d'envoi se multiplièrent ultérieurement, et à leur nombre, pour parer à l'insuffisance de l'exécution par la *Manus injectio*, on ajouta celle de la condamnation obtenue par le créancier. Aussi l'énumération que donne Gaius est-elle plus complète que celle de Cicéron, puisqu'elle comprend en outre le cas où le débiteur a fait cession de biens et aussi l'hypothèse où il

¹ Cicéron, *pro Quintio*, 19.

² Cf. Cicéron, *in Verrem*, II, 2, 24 : « *Insimulant hominem fraudandi causa discessisse, postulans ut bona possidere liceat*..... »

n'exécute pas dans le délai légal la condamnation qui lui a été infligée : « *Bona autem veneunt aut vivorum, aut mortuorum : vivorum velut eorum, qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Julia bonis cedunt; item judicatorum post tempus, quod eis partim lege XII Tabularum, partim edicto prætoris ad expediendam pecuniam tribuitur. Mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes, neque bonorum possessores, neque ullum alium justum successorem existere*¹. »

Ces documents, surtout à la lumière de plusieurs titres du Digeste, qui en éclairent le sens et en étendent la portée, nous permettent de distinguer, à l'époque classique, huit causes d'envoi en possession. On peut dire que la *missio* est admise :

1° Quand un débiteur s'absente avec la ferme intention de se soustraire à l'*in jus vocatio* de son créancier (*fraudationis causa latitarit*)² ou se trouve même simplement absent³, et que, dans l'un et dans l'autre cas, il n'a point de représentant qui vienne valablement défendre en son nom (*indefensus*);

2° Quand, après avoir fait le *vadimonium* avec le

¹ Gaius, III, 78. Sic Maynz, t. II, § 299, p. 601. Contra Tambour (*op. cit.*, p. 119), lequel trouve dans l'hypothèse de l'exécution forcée des sentences ou encore de la *confessio in jure* l'application première de la *Venditio*, et cela par analogie de ce qu'était la *Bonorum sectio* pour l'exécution d'un *judicium publicum*.

² Cic., *pro Quintio*, 19; Gaius, III, 78; Paul, L. 19, Dig., *de In jus vocando*, II, 4; Ulpien, L. 7, § 1, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

³ Ulpien, L. 21, § 2, Dig., *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6, et L. 7, § 17, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

créancier, il manque à sa promesse et ne comparait pas (*si vadimonio non stetit*)¹;

3° Lorsque, comparaisant devant le magistrat, il refuse de se défendre et ainsi de lier l'instance²;

4° Lorsque, incapable d'ester en justice en raison de son âge ou de son état mental, il n'est pas défendu par ses représentants légaux³;

5° Lorsque, *capite minutus*, il n'est pas défendu par la personne sous la puissance de qui il a passé⁴;

6° S'il meurt et que sa succession devienne vacante, ou bien soit dévolue à un héritier dont l'acceptation demeure incertaine ou la solvabilité suspecte⁵;

7° Lorsque, condamné (*judicatus*) ou ayant reconnu en justice le droit de son adversaire (*confessus in jure*), il ne s'exécute pas dans les délais prescrits⁶;

8° Lorsqu'il a fait cession de biens⁷.

Gaius classe toutes ces causes de *missio* en deux catégories ayant trait : l'une à l'envoi en possession du

¹ Ulpien, L. 2, *præm.*, Dig., *Quib. ex caus.*, XLII, 4.

² Loi Rubria Galliaë Cisalpinæ, ch. xxii; Ulpien, L. 52, Dig., *De regul. jur.*, L. 17; L. 24, § 3, Dig., *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6; L. 5, § 3, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4; Paul, L. 83, § 1, Dig., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

³ L. 7, §§ 9-12, Dig., *Quib. ex caus.*, XLII, 4; Paul, *Sent.*, liv. V, Tit. V, B, § 1.

⁴ Gaius, III, 84 *in fine*; IV, 80; Justinien, *Inst.*, III, X, § 3.

⁵ Cic., *pro Quint.*, 19; Gaius, II, § 167; III, § 78; Ulpien, L. 4, § 1, Dig., *de Jure delib.*, XXVIII, 8; Ulp., L. 8, et Paul, L. 9, Dig., *Quib. ex causis*, XLII, 4; Paul, L. 4, et Ulp., L. 34, § 3, Dig., *de Reb. auct. jud. poss.*, XLII, 5; Pompon., L. 23, §§ 1-4, Dig., *de Hered. instit.*, XXVIII, 5.

⁶ Gaius, III, 78; Cf. L. 4, Dig., *de Confessis*, XLII, 2.

⁷ Gaius, III, 78.

patrimoine d'un homme vivant ¹, l'autre à l'envoi en possession des biens d'un mort ².

Nous rapporterons ces divers cas aux deux faits suivants : défaut illégitime de suffisantes défenses, qui empêche la vérification en justice du titre du demandeur, — et, si le titre est vérifié, exécution de la décision judiciaire refusée par la partie qui succombe et non susceptible d'être procurée *manu militari* ³.

Dans le premier ordre d'idées rentrent toutes les causes d'envoi qui concernent un débiteur non valablement défendu (*indefensus*), qu'il y ait de sa part absence, désertion du *vadimonium*, refus de répondre, incapacité, *capitis deminutio*, ou mort entraînant incertitude sur l'existence, l'acceptation, la solvabilité de l'héritier.

Dans le second ordre viennent se grouper le cas du *judicatus*, celui du *confessus in jure* assimilé au *judicatus*, et aussi le cas de l'individu qui a fait cession de biens, puisque la cession suppose préalablement une condamnation ou un aveu de la dette et ne constitue qu'une dernière ressource offerte au débiteur pour éviter l'exécution sur sa personne ⁴.

Il serait plus synthétique encore de résumer toutes les causes d'envoi dans cette formule générale : Chaque fois qu'un créancier a fait tout son possible pour obtenir la constatation judiciaire de son droit, *qu'il ait atteint ce résultat ou qu'il en ait été empêché par une circonstance*

¹ Alinéas 4 à 5, 7 et 8.

² Alinéa 6.

³ Comme au cas d'une sentence arbitraire.

⁴ L. 8, Dig., de Cess. bon., XLII, 3; C. 4, C., Qui bon. ced. poss., VII, 71.

indépendante de sa volonté, il peut, d'après l'édit du préteur, se faire envoyer en possession du patrimoine entier de son obligé¹.

Nous allons reprendre chacun des cas d'envoi en possession, pour en étudier les détails, d'après la classification qui nous a servi à les grouper.

§ 1^{er}. — De l'envoi en possession des biens du débiteur qui n'est pas valablement défendu.

A. — *Absence du débiteur.*

A Rome, deux phases se rencontrent dans toute instance, l'une antérieure, l'autre postérieure à la *litis con-*

¹ Il serait inexact de vouloir remédier à la longueur de notre formule par la brièveté de cette autre : la *missio* est permise, si le débiteur est insolvable.

Applicable peut-être au cas d'absence frauduleuse de l'individu qui se cache, au cas de non-représentation du *capite minutus*, au cas de répudiation de la succession du débiteur ou d'acceptation par un héritier n'offrant pas de garanties suffisantes aux créanciers du défunt, et dans l'hypothèse d'une cession de biens, un tel critérium devient douteux, si le *de cujus* n'a pas de successeur connu, si la partie ne tient pas le *vadimonium*, ou comparait, mais refuse de se défendre : il en est de même en ce qui concerne le simple absent, le fou ou le pupille, témoin la loi 7, § 11, Dig., *Quib. ex causis*, XLII, 4 : « *Ita autem vendenda, ut quod supersit, furioso detur.* »

Reste le cas du *judicatus* ou du *confessus in jure*. A partir du moment où la prise de gages par le magistrat fut étendue aux créances privées, on peut dire sans doute que le *pignus in causa judicati captum* servait surtout à vaincre la résistance d'un récalcitrant solvable, et que la *Bonorum Venditio*, employée générale-

testatio, et dans chacune d'elles l'absence du défendeur entraîne des conséquences différentes.

Dès qu'il y a « *lis contestata* », le défaut du débiteur cause moins une entrave qu'un retard à la solution de l'affaire : on a recours à une procédure spéciale, dite de contumace, et qui se termine par le prononcé d'une sentence contre le *reus* comme s'il était présent ¹.

Si au contraire « *lis non inchoatur* », le défaut du débiteur empêche, avec l'organisation de l'instance, la possibilité d'un jugement qui tranche les débats ; car il est de règle que les plaideurs se rendent en premier lieu devant le magistrat, pour obtenir la délivrance d'une formule, ou plus tard, sous l'empire du système extraordinaire, pour déposer leurs conclusions.

Le débiteur n'avait donc qu'à éviter la rencontre de son créancier pour s'épargner les rigueurs d'une condamnation ; et le subterfuge était d'autant plus séduisant, qu'aucun obstacle ne semble avoir été imaginé par le vieux droit pour en prévenir le succès.

Il est vrai que, durant les premiers siècles de la République, un citoyen éprouvait quelque peine à se dissimuler aux yeux de son adversaire : le séjour dans Rome le contraignait à une réclusion dans son domicile qui lui enlevait l'exercice de ses droits politiques, et l'exil

ment en cas de déconfiture, frappait ainsi le débiteur d'une forte présomption d'insolvabilité ; mais encore faut-il convenir que la *Bonorum Venditio* était, même à cette époque, l'unique mode d'exécution possible, dès qu'il y avait concours entre plusieurs créanciers d'un même débiteur, que ce dernier fût solvable ou non.

¹ Ulpien, LL. 68-73, Dig., de *Jud.*, V, 4 ; Paul, *Sent.*, V, 5 (A), § 7.

lui réservait, avec la perte du titre de citoyen, la privation de ses biens, attribués, comme « *bona vacantia* », à ses créanciers.

Mais, dans la suite, l'extension du territoire et la considération amoindrie de la qualité de citoyen romain invitèrent les débiteurs à prendre souci de leur intérêt, de préférence à leurs obligations.

Le droit prétorien vint heureusement combler la lacune du droit civil par l'introduction de la *Missio in possessionem*. Désormais, si l'*in jus vocatio* est rendue impossible par l'absence du débiteur, nous avons un moyen qui supplée à la procédure par défaut, et, de la sorte, se trouvent affermis les droits du créancier comme aussi l'autorité du magistrat.

L'absence du débiteur peut être un fait accompli à dessein ou au hasard; l'une et l'autre situation mérite un examen particulier ¹.

a. — Absence frauduleuse du débiteur.

Cette hypothèse est formellement indiquée dans l'Édit : « *Qui fraudationis causa latitavit, si boni viri arbitrato non defendetur, ejus bona possideri vendique jubebor* ². »

Nous pouvons donc tenir pour certain que le débiteur, qui rend impossible l'*in jus vocatio* en se dérochant aux regards de son créancier et qui n'a pas de repré-

¹ Ulpien, L. 2, § 2, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

² Ulp., L. 7, § 1, Dig., *cod. tit.* — L'espèce est encore visée au titre : de *In jus voc.*, II, 4 (Gaius, L. 18 et Paul, L. 19).

sentant équitable pour le défendre, devient passible de la *missio in possessionem*.

A cela trois conditions : le défendeur doit se cacher — frauduleusement — et être en même temps *indensus*.

Que faut-il entendre par le mot : « *latitavit* ? » Ulpien, traduisant le sens exact de ce verbe¹, nous enseigne que la « *latitatio* » ne consiste pas, comme l'avait entendu Cicéron, dans une « *turpis occultatio sui* », mais bien plutôt dans une dissimulation de soi-même pendant un certain temps²; et en effet, on peut se cacher sans motif honteux, par exemple pour échapper à la fureur d'un tyran, au fer de l'ennemi ou aux violences des guerres civiles³. De plus, ce serait un tort de vouloir associer à l'idée de « *latitare* » une idée nécessaire d'éloignement, car celui-là est « *latitans* » qui, dans la même ville que ses créanciers, se cache derrière les colonnes ou les rassemblements⁴.

¹ Ulp., L. 7, § 4, Dig., Quib. ex caus. in poss., XLII, 4.

² L. 7, § 8, *eod. tit.* Comme « *factitare* » signifie : répéter souvent le même acte. Dès lors une retraite momentanée ne pourrait pas motiver la *missio*. (Vainberg, *op. cit.*, p. 112.)

³ L. 7, § 4, *eod. tit.*

⁴ L. 7, § 13, *eod. tit.* : « circa columnas aut stationes... » Hotoman comprend ainsi l'expression : « *stationes* », que Brisson (*Select. ex jure civ. antiquit.*, L. 2, ch. XII) traduit par « boutiques ». Cujas au contraire (*Observat. et emendat.*, I, 13; II, 40), sur la foi de Sidonius Apollinaris (liv. I, *Epist. ad Montium*), lit : « *statuas* » au lieu de « *stationes* ». — Quoi qu'il en soit Zimmern (*op. cit.*, trad. p. 235, texte et note 7), suivant en cela l'opinion de Stieber (p. 41 *et seq.*), va même jusqu'à repousser toute idée d'éloignement : en effet, d'après lui, le *latitans* devrait se cacher dans Rome même, ou en d'autres termes l'Édit ne concernerait que

Au fait matériel d'éviter le créancier durant un temps appréciable, doit se joindre l'intention frauduleuse de paralyser son action : « *qui fraudationis causa latitavit* » ; non pas une intention mauvaise en général, mais une intention spécialement dirigée contre tous les créanciers ou contre plusieurs d'entre eux ¹. Du reste, il est fort possible qu'on obéisse en outre à quelque motif plus particulier de se cacher ².

Enfin, il est nécessaire que le débiteur soit *indefensus* : « *Si boni viri arbitrato non defendetur.* »

L'*Indefensus* est le défendeur qui ne comparait en justice ni en personne, ni par l'intermédiaire d'un « *defensor idoneus* », c'est-à-dire d'un représentant capable de plaider pour autrui et fournissant la *cautio judicatum solvi* ³.

Deux règles dominent la matière de l'*Indefensio* : la *missio* n'est ordonnée que si le défendeur occasionne par son absence un préjudice au demandeur et que s'il se trouve

ceux qui, *présents à Rome*, cherchent à échapper à leurs créanciers ; et il argumente de la L. 7, § 17, Dig., *Quib. ex caus. in poss.* (XLII, 4), qui distingue bien le *latitans* de l'*absens* (*infra*, p. 99). Cf. Accarias (*op. cit.*, t. II, p. 860), lequel ne reproduit pas cette observation.

¹ L. 7, § 5 *eod. tit.* Un *furiosus* ne saurait se trouver en état de *latitatio*, parce que « *non se occultat, qui suus non est* » (L. 7, § 9, *eod. tit.*).

² L. 7, § 6, *eod. tit.*

³ L. 5, § 3, *eod. tit.* ; Gaius, IV, 101 : « *Nemo alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur* ». Cicéron, dans le *pro Quintio*, ch. vii, semble avoir oublié ce principe ; mais, en ce point, l'avocat dominait le jurisconsulte (Tambour, *op. cit.*, p. 106). Cf. Keller, *Sestertium ad Ciceronem*, p. 114 et seq. et de Caqueray, pp. 109 et 213.

dans l'obligation de répondre à l'action là où elle lui est intentée.

Il faut un préjudice réel; Ulpien nous en donne le motif : « *Defendi videtur, qui per absentiam suam in nullo deteriore causam adversarii faciat* ¹ ». En conséquence, se trouverait entaché de nullité l'envoi accordé à un créancier dont la prétention serait sans fondement², ou susceptible d'être écartée par une exception perpétuelle telle que celle de dol ou celle de remise de la dette³.

En second lieu, le demandeur doit s'être conformé aux règles de compétence : sans quoi il n'y aurait véritablement pas « *indefensio* ». On sait que la législation romaine reconnaît la compétence simultanée de divers tribunaux : un défendeur peut être actionné à son domicile ou encore à Rome, patrie commune de tous les

¹ L. 2, § 3, *cod. tit.*; Cf. Venuleius, L. 18, Dig., *Judic. solvi*, XLVI, 7.

² C'est pourquoi Cicéron, voulant faire annuler l'envoi obtenu par la partie adverse, établit que Quintius ne doit rien (*pro Quintio*, ch. x, xi, xii).

³ L. 7, § 14, *cod. tit.* De même, partant du principe que « *non fraudationis causa latitat, qui, si judicium acciperet, absolvi deberet* », Papinien (L. 50, Dig., *de Peculio*, XV, 1), refuse au créancier d'un fils de famille l'envoi en possession des biens du père « *qui latitat* », s'il n'y avait rien dans le pécule au moment de l'introduction de l'instance. Ulpien (L. 7, § 15, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4), selon l'usage reçu, admet au contraire l'envoi, quitte au père à établir la preuve qu'il n'est entré aucune valeur dans le pécule. Tout essai de conciliation entre les deux textes est superflu (Tambour, p. 144, note 1) : la divergence d'opinions provient sans doute de ce que, pour apprécier le montant du pécule, Papinien se reporte à la *litis contestatio* et Ulpien à l'époque de la condamnation.

citoyens. Mais, par exception, n'est pas obligée de se défendre à Rome la personne qui s'y trouve temporairement en service public, à moins qu'il ne s'agisse d'obligations se rattachant à ses fonctions; il en est de même du débiteur appelé à Rome à raison d'une affaire qui lui est étrangère, et aussi de la partie qui vient y plaider sur l'appel d'une sentence rendue contre elle ou pour un renvoi de sa cause devant l'empereur¹. Observons cependant que cette faveur ne dispense en rien de l'obligation de se défendre dans sa province, car là peut être ordonnée la *missio*².

b. — Absence pure et simple du débiteur.

Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, le créancier n'a qu'une ressource : demander l'envoi en possession des biens de son débiteur.

A vrai dire, le cas n'est pas inscrit dans l'Édit, puisque le préteur suppose simplement une retraite intentionnelle de la part du défendeur : « *Qui fraudationis causa latitavit....* » Néanmoins l'envoi demeure possible, en présence surtout de la généralité des termes employés par Ulpien dans la Loi 21, § 2, du

¹ Ulpien, L. 2, §§ 3-5, Dig., *de Jud.*, V, 1 ; Papinien, L. 13, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4. C'est là le « *jus revocandi domum* », le droit d'être jugé chez soi.

² C. 4, *de Restit. milit.*, II, 51 ; Papinien, L. 13, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4 ; Ulpien, L. 1, Dig., *Eum qui appellav.*, XLIX, 11.

titre : *Ex quib. caus. maj.*, au Dig., IV, 6¹, et de même, si l'on se reporte au § 17 de la Loi 7, du titre : *Quib. ex caus. in poss.*, au Dig., XLII, 4, qui met nettement en parallèle l'individu « *qui latitat* » et la personne absente sans arrière-pensée².

Y aurait-il oubli de la part du préteur ? non. Il est possible d'abord que la partie de l'Édit relative à notre sujet ne nous ait pas été conservée³ ; et puis, tout s'explique, si l'on considère que le préteur mentionne le cas du *latitans* uniquement en vue d'autoriser, dans cette hypothèse, non seulement l'envoi en possession,

¹ « eorum, qui non defenduntur, si quidem latitent, prætor ex edicto pollicetur in bona eorum mittere, ut, si res exegerit, etiam distrahantur ; si vero non latitent, licet non defendantur, in bona tantum mitti. »

Nous remarquerons que le mot « *absens* », dont se sert Ulpien dans le même paragraphe, ne correspond pas au mot « *absent* », usité en droit français (art. 112 à 143, C. civ.). Ici, comme dans la plupart des textes, « *absens* » désigne le non-présent, celui qui ne comparait pas *in jus*. Et cependant, d'après les lois 10 et 11, de *Ritu nuptiarum*, Dig., XXIII, 2, où il est question d'un individu dont on n'a plus de nouvelles, si bien qu'on ignore « *ubi sit, et an sit* », on voit que les Romains possédaient une notion de l'absence identique à celle de notre législateur ; mais ces textes, joints à la Loi 4, de *Postliminio reversis*, Code, VIII, 51, nous révèlent que l'absence fut à Rome l'objet de dispositions vagues et incomplètes, (*Dict. des Ant. grecques et rom.*, au mot : *Absens*, article de M. Humbert ; *Revue historique*, année 1856, article de M. Villequez, sur « *l'Absence en dr. rom. et en dr. franç.* », p. 210 et seq.)

² Du reste les mots : « *quem petere volo* » supposent que l'*in jus vocatio* n'a pas été faite ; toutefois, si la *missio* est ici restreinte au bien réclamé, c'est uniquement parce qu'il y est question d'une action réelle, tendant à la revendication d'une chose déterminée.

³ Hillinger (*ad Donellum*, XXIII, 11, note 6).

mais encore la vente des biens. Du reste, dénier au créancier le bénéfice de la *missio* serait du même coup lui retirer la possibilité d'obtenir justice, puisque le droit civil n'avait imaginé en sa faveur aucun moyen de satisfaction.

L'envoi n'est ordonné que moyennant la réalisation des deux faits suivants : l'absence pure et simple du débiteur et son manque de représentation devant le magistrat.

Laissant de côté ce qui concerne l'*Indefensio*, nous disons que le débiteur doit se trouver absent par hasard, sans qu'il y ait *latitatio* ou dol à lui reprocher. Peu importe qu'il soit frappé d'un exil temporaire¹, captif chez l'ennemi², absent pour le service de la République³ : la règle est qu'il doit se défendre ou être valablement représenté, pour se soustraire aux risques de la *missio*.

¹ Papinien, L. 13, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XII, 4. Cf. Cicéron, *pro Quintio*, 19 et 28. L'absence de l'exilé est un fait à la fois direct et indirect de sa volonté, car l'exil est un événement fortuit qu'il subit contre son gré, tout en l'ayant provoqué par sa conduite. De plus, ne s'être pas précautionné d'un gérant constitue une négligence coupable : c'est pourquoi Cicéron cherche à prouver la pureté d'intention de Quintius qui, avant son départ, avait laissé un fondé de pouvoir avec mission, exactement remplie d'ailleurs, de le représenter.

² Paul, L. 6, § 2, *eod. tit.*

³ C. 4, C., *de Restit. milit.*, II, 51. La solution contraire semble résulter de la L. 35, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5 ; or cette loi se réfère, non pas à une question de validité de l'envoi, mais à un moyen exceptionnel de le faire cesser. (Tambour, *op. cit.*, pp. 146 et 197 *comb.*)

B. — *Désertion du Vadimonium de la part du débiteur.*

Nous venons d'étudier l'hypothèse dans laquelle le demandeur se trouve, par suite de l'absence du défendeur, dans une impossibilité complète de pratiquer l'*In jus vocatio*. Ici, au contraire, les parties se sont rencontrées et entre elles est intervenue une convocation régulière de comparaitre devant le magistrat : en un mot, on suppose réalisée l'*In jus vocatio*¹.

Mais alors il peut se faire qu'au moment de l'assignation, un jour soit d'un commun accord fixé, avec promesse de se présenter *in jus*. L'ancien droit permettait, en effet, de ne pas suivre l'adversaire devant le magistrat, à la condition de fournir un *vindex* qui prit pour lui la conduite du procès. Plus tard, sous le système formulaire, au *vindex* le prêteur substitua un fidéjusseur (*fidejussor judicii sistendi causa*) qui, sans décharger le défendeur, vint simplement garantir sa comparution².

Il est possible encore qu'après l'assignation, les parties se rendent *in jus* et que la procédure inachevée dans une première audience nécessite une nouvelle comparution pour qu'il soit procédé à la délivrance de l'action. Dans ce cas, le défendeur s'engage par stipulation à se représenter de lui-même au jour déterminé,

¹ Ce second cas est précisément celui qui fait l'objet du *pro Quintio*.

² Paul, L. 1, Dig., *In jus voc. ut eant*, II, 6.

libre à lui d'ajouter à sa promesse la garantie de sérieuses cautions : c'est là le *vadimonium* de l'époque formulaire¹.

Or, du moment qu'il y a eu *vadimonium* fourni *extra jus* ou *in jure* peu importe², la sanction de la non-comparution du défendeur est celle-ci : « *In bona ejus, qui judicio sistendi causa fidejussorem dedit : si neque potestatem sui faciet, neque defenderetur, iri jubebo*³; » règle fort juste, car il n'y a de défense valable que celle qui persévère jusqu'à la fin de l'instance⁴.

Pour qu'il y ait envoi, il faut donc : 1° que la partie adverse ne se présente pas, et cela, sans distinguer si sa non-comparution est frauduleuse ou résulte d'une simple faute ; 2° que personne ne vienne défendre en son lieu et place.

Une troisième condition semblerait même requise à la lecture d'un passage du *pro Quintio*⁵, c'est la confection d'un acte dressé devant témoins, signé par eux et

¹ Gaius, IV, 184-186.

² En effet, le mot *vadimonium* sert parfois à désigner la promesse faite sur l'*In jus vocatio*, de se présenter devant le magistrat (Tambour, *op. cit.*, p. 138).

³ Ulp., L. 2, *præm.*, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

Sous l'empire du droit classique, le défendeur qui empêchait l'organisation de l'instance après l'*In jus vocatio*, se rendait sans doute passible de la contrainte corporelle, puisqu'en vertu de la *lex Gallix Cisalpinæ*, ch. XXI, on peut le traiter comme le *damnatus* et demander la *ductio* contre lui. (Tambour, *op. cit.*, p. 140.) Le préteur aurait substitué à ce moyen peu efficace (Bonjean, *op. cit.*, t. I, p. 461 et 462) la *missio in possessionem*.

⁴ Ulp., L. 63, Dig., *de Judiciis*, V, 1 ; L. 5, § 3, *Judic. solvi*, XLVI, 7 ; Just., *Inst.*, titre : *de Satisfactionibus*.

⁵ Cic., *pro Quintio*, 6.

établissant la non-comparution du débiteur : le défaut était sans doute constaté par les *argentarii*, dont les bureaux, situés autour du *forum*, servaient habituellement de rendez-vous aux plaideurs¹.

La nécessité de la *missio* se fait ici moins sentir que si l'on suppose l'impossibilité de l'*In jus vocatio* provenant de l'absence du défendeur. Le créancier qui ne peut rencontrer son débiteur se trouve en effet désarmé sans le secours de la *missio* ; tandis que s'il reçoit, à la suite de l'*In jus vocatio*, une promesse de comparaître garantie par des cautions, deux moyens s'offrent à lui : l'envoi en possession et l'action *ex stipulatu* dirigée soit contre le débiteur lui-même, soit contre les fidéjusseurs² dont la solvabilité est toujours en rapport avec la qualité du défendeur³.

Comme on le voit, le cas du débiteur qui ne tient pas le *vadimonium* et a fourni caution est positivement consigné dans l'Édit : la raison en est que le prêteur a voulu dissiper toute incertitude sur le point de savoir si l'action contre les fidéjusseurs avait ou non pour conséquence d'exclure la possibilité de l'envoi ; et si,

¹ Holman, t. III, p. 780.

² Ulp., L. 2, § 5, Dig., *Qui satisdare cog.*, II, 8.

³ Paul, L. 1, Dig., *In jus voc. ut eant*, II, 6.

Ce cumul de l'envoi et de l'action n'est pas infirmé par la L. 5, §§ 1 et 2, Dig., *Si quis caution.*, II, 11, dans laquelle Paul suppose *duo rei promittendi* dont l'un, après avoir promis la *cautio in jure sistendi*, manque à son engagement. Si le demandeur exerce des poursuites contre l'autre obligé, il ne pourra exiger du premier le montant de la peine : mais c'est uniquement parce que le créancier qui obtient une formule contre le débiteur étranger au *vadimonium*, renonce à tous ses droits contre l'autre (Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 860 et note 4).

par contre, il se tait relativement à l'hypothèse du débiteur dont le simple éloignement empêche l'*In jus vocatio*, c'est qu'il sous-entend une espèce dans laquelle *a fortiori* la *missio* doit être accordée¹ : les créanciers qui ont la certitude d'être remboursés sont en effet moins intéressants que ceux qui se trouvent à la merci de leur débiteur.

C. — Refus de se défendre.

Le *reus* est présent, il comparait régulièrement *in jus* ; mais il s'obstine à ne vouloir pas répondre, et de la sorte il entrave la formation du *judicium*.

Comme il n'est pas d'inertie ni de mauvaise volonté capables de porter atteinte aux droits des créanciers, Ulpien n'hésite pas à assimiler l'individu qui, étant présent, refuse de se défendre, à l'*indefensus* qui se cache pour se soustraire à la rencontre du demandeur ; en conséquence il admet l'envoi en possession : « *Non defendere videtur, non tantum, qui latitat, sed et is, qui præsens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem*². »

Par ailleurs, la *lex Galliae Cisalpinæ* soumet aux mêmes moyens d'exécution que le *damnatus*, le défendeur qui refuse, en présence du magistrat, de répondre ou de procéder à la *sponsio* exigée dans certaines ins-

¹ Aussi Doneau (*Comment. jur. civ.*, L. 23, ch. XI, n° 4) corrige-t-il ainsi le texte de l'Édit : « *Etiam ejus qui judicio.....* »

² L. 52, Dig., de *Reg. juris*, L. 17.

tances¹. L'envoi, ainsi fondé sur un jugement fictif, est donc possible, mais il doit entraîner, selon nous, des conséquences plus rigoureuses que s'il avait pour base une absence supposée. Nous verrons en effet que la *missio* ordonnée *ex causa judicati* est toujours suivie de vente au cas où le condamné ne vient pas à s'exécuter, tandis que la *missio* pour cause d'*indefensio* n'y conduit pas nécessairement.

D. — Incapacité du défendeur.

Il n'est pas toujours au pouvoir des défendeurs, même présents et pleins du meilleur vouloir, de concourir à la formation de l'instance. On peut être incapable de se défendre soi-même et, comme tel, obligé d'avoir un représentant, contre qui l'action est alors dirigée : sinon, les créanciers, privés du bénéfice d'une sentence², n'ont plus que la ressource de l'envoi.

L'incapacité peut résulter de l'impuberté, de la folie, de l'interdiction ou de la minorité du défendeur.

L'impubère *sui juris* jouit de tous les droits civils, sans avoir la capacité requise pour les exercer : d'où la conséquence que, s'il se présente seul au procès parce

¹ Ch. XXI : « *Sive is ibi de ea re in jure non responderit, neque de ea re sponsonem faciet, neque judicio, uti oportebit, se defendet, tum..... siremps..... esto, atque uti esset..... si..... damnatus esset.* » (Blondeau, *Institutes de l'empereur Justinien*, t. II, Paris, 1838, p. 78.)

² Paul, L. 45, § 2, Dig., de *Re judicata*, XLII, 1.

qu'il n'a pas de tuteur¹, ou parce qu'il ne se trouve défendu ni par son tuteur² ni par tout autre personne, « *pro absente habendus est* »³, » il est assimilé à un absent et il tombe sous le coup de la *missio in possessionem*. Que les obligations soient nées en la personne du pupille en vertu d'un contrat passé par le pupille dûment autorisé, ou par son tuteur⁴, ou encore par son esclave⁵; qu'elles soient tombées à sa charge par l'acceptation d'une hérédité, assimilée du reste à un contrat⁶; peu importe leur origine⁷: créanciers directs du pupille, créanciers indirects en qualité de légataires⁸ ou de créanciers héréditaires⁹, tous sont admis à réclamer l'envoi. On comprend qu'une mesure aussi rigoureuse commande les plus sévères ménagements: c'est pourquoi le préteur ne la prend qu'après avoir appelé le tuteur, s'il y en a un, puis les cognats, les alliés, les affranchis, en un mot, toutes les personnes attachées à l'impubère par des liens d'intérêt ou d'affection. Il faut que l'impubère se trouve réellement *indefensus*¹⁰.

De même que le pupille, tous ceux « *qui curatorum*

¹ Ulp., L. 10, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

² Ulp., L. 5, *præm.*, *eod. tit.*; Paul, *Sent.* V, 5 (B), § 1.

³ Ulp., L. 10, Dig., *eod. tit.*

⁴ Ulp., L. 3, § 2, Dig., *eod. tit.*

⁵ De manière à donner lieu à l'action *de peculio*, *de in rem verso*, *quod jussu* ou *institoria* (Ulp., L. 3, § 1, Dig., *eod. tit.*).

⁶ Ulp., L. 3, § 3, Dig., *eod. tit.*

⁷ La distinction est au contraire importante au point de vue du droit de vendre les biens, à l'expiration des délais légaux.

⁸ Ulp., L. 3, § 3, Dig., *eod. tit.*

⁹ Tambour, *op. cit.*, p. 149.

¹⁰ Ulp., L. 5, *præm.* et § 1, Dig., *eod. tit.*

*ope juvantur*¹, » en particulier le *furiosus*, le prodigue et le mineur de 25 ans, doivent être défendus par leur curateur, comme n'étant pas « *sui idonei defensores* »²; à son défaut, le magistrat procède généralement à la désignation d'un curateur *ad hoc* et il n'autorise l'envoi que « *nominatim* » et en cas de nécessité absolue³. Si l'envoi est prononcé, ce n'est pas en vertu de l'application de l'édit sur le débiteur qui se cache⁴, mais *rei servandæ causa*, dans l'intérêt des créanciers; l'*indefensio* devra être non moins certaine qu'à l'égard de l'impubère et on usera d'un procédé identique pour la vérifier⁵.

E. — *Capitis deminutio du défendeur.*

La *capitis deminutio* est *maxima*, *media* ou *minima*, suivant qu'elle affecte l'un ou l'autre de ces trois élé-

¹ Ulp., L. 7, § 12, Dig., *cod. tit.*

² Ulp., L. 5, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

³ Ulp., L. 7, §§ 10-12, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

D'après Tambour (*op. cit.*, p. 150), l'expression « *nominatim* » ne fait pas allusion à un envoi en possession d'objets particuliers, cela serait contraire au caractère de la *missio in possessionem*; elle indique une nécessité pour le prêteur, ou bien de permettre seulement l'envoi, ou bien de prendre une décision spéciale, l'édit ne parlant ni du fou ni des autres incapables assimilés au fou.

⁴ Ulp., L. 7, § 9, Dig., *cod. tit.* : « *furiosum hinc venditionem pati non posse : quia non se occultat, qui suus non est.* »

⁵ Ulp., L. 5, § 1 *in fine*, Dig., *cod. tit.* : « *idem est et in furioso.* »

ments de la personne romaine : *libertas*, *civitas*, *familia*¹.

Il y a *maxima capitis deminutio*, quand un homme libre tombe en esclavage et perd, avec la liberté, la cité et la famille; *media*, quand un individu, restant libre, perd le droit de cité et par suite ses droits de famille; *minima*, lorsqu'une personne, conservant intactes la liberté et la cité, n'éprouve qu'un simple changement de famille².

Toute *capitis deminutio* a donc pour effet d'anéantir ou de modifier la personnalité civile de celui qu'elle atteint : toute détruit par là même les obligations qui supposent l'existence de cette personnalité³, du moins celles qui dérivent *ex contractu* ou *quasi ex contractu*⁴.

¹ Le mot « *caput* » désigne l'état des personnes, et le terme « *deminutio* » signifie destruction ou tout au moins transformation de cet état (Accarias, t. I, p. 424 et seq.).

² Paul, L. 11, Dig., *de Capite minutis*, IV, 5.

³ Gaius, III, 84. L'extinction n'est pas toujours radicale; ex. : au cas d'une *minima capitis deminutio*, les dettes du *capite minutus* se transforment à sa charge en obligations naturelles, laissant subsister la fidéjussion ou les sûretés hypothécaires (Machelard, *Des Obligations naturelles en dr. rom.*, pp. 318, 319 et 324); même, dans l'hypothèse d'une *media capitis deminutio*, les obligations restent exigibles des coobligés, et les fidéjusseurs qui ont cautionné l'engagement d'un condamné ne bénéficient pas de la libération du *reus*, d'après Gaius, L. 5, *præm.*, Dig., *Qui satisd. cog.*, II, 8 (Machelard, *op. cit.*, p. 322).

⁴ Ulpien, L. 2, § 3, Dig., *de Cap. min.*, IV, 5. La morale et l'ordre social exigent que les dettes nées *ex delicto* ou *quasi ex delicto* demeurent sur la tête du *capite minutus*; par ailleurs, ne sont pas altérées par la *capitis deminutio* certaines obligations, étrangères à l'idée de délit et qui « *in facto potius quam in jure consistunt* » (L. 10, Dig., *eod. tit.*), en qui prédomine l'élément de fait, ex. : *justæ nuptiæ* (Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, §§ 71 à 75).

Est-ce à dire que les créanciers soient frustrés du droit d'agir? Non, grâce au préteur qui sait, en tournant le droit civil, remédier à la rigueur de ses déductions.

La *maxima* et la *media capitis diminutio* ne présentent qu'un intérêt d'ensemble par rapport à notre sujet; car, dans les deux cas, celui-là est tenu des obligations de l'ex-débiteur qui en a recueilli le patrimoine¹. Des actions utiles sont accordées directement contre le *dominus* ou le fisc², et, faute par lui de répondre *in solidum* à ces actions, les créanciers se font envoyer en possession des biens qui, en l'absence de l'une ou de l'autre *capitis diminutio*, seraient demeurés la propriété du débiteur.

La *minima capitis diminutio*, celle « *quæ salva civitate contingit* »³ et n'entraîne que la rupture de l'agnation, rentre au contraire dans le cadre de notre étude.

Les dettes des *alieni juris* qui viennent à passer sous le *mancipium* ou la *manus* d'une personne s'éteignent sans doute *jure civili*⁴; mais le préteur, rescindant la *capitis*

¹ Ici, pas de rescision de la *capitis diminutio* (L. 2, *præm.*, Dig., *eod. tit.*).

² Contre un *dominus*, si le débiteur est tombé *in servitute* (Paul, L. 7, § 2, Dig., *eod. tit.*); contre le fisc, si le débiteur est devenu *servus pænæ* (Julien, L. 31, *præm.*, Dig., *Solutio matrim.*, XXIV, 3; Ulpien, L. 9, § 6, Dig., *de Tut. et rat.*, XXVII, 3; L. 5, C., *de Bon. proscript.*, IX, 49), ou s'il a été condamné à la déportation, ce qui entraîne, avec la perte de la cité, la confiscation des biens (Gaius, L. 8, §§ 1 et 2, Dig., *Qui test. fac.*, XXVIII, 1; Callistrate, L. 1, *præm.*, Dig., *de Bonis damn.*, XLVIII, 20).

³ Ulpien, L. 2, *præm.*, Dig., *de Cap. min.*, IV, 5.

⁴ Gaius, III, 84 : « neque ipse quidem, qui se in adoptionem dedit, vel quæ in manum convenit, maneat obligatus obligatuve, quia scilicet per capitis deminutionem liberantur. »

deminutio au moyen d'une *restitutio in integrum*, « *rescissa capitis deminutione*, » donne aux créanciers, contre l'adopté lui-même ou contre la femme *in manu*, une action utile, sous forme d'action fictice « *perinde quasi id factum non sit*, » comme s'il n'était survenu aucun changement d'état¹.

La question néanmoins se complique, si la *capitis deminutio* a pour résultat de soumettre à la puissance d'autrui une personne qui auparavant était *sui juris*, « *velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem*². » En effet, en vertu du principe qui permet aux individus sous puissance d'améliorer, mais non de compromettre la situation du chef de famille, tous les biens du *capite minutus*, à la différence de ses obligations, passent aux mains de celui qui le tient en sa puissance ; dès lors, les créanciers, malgré la rescision qui leur ouvre une action utile contre la femme *in manu* ou contre l'adrogé, n'auront jamais en perspective qu'une condamnation illusoire, frappant un débiteur insolvable et impuissante à atteindre un *coemptionator* ou un adrogeant qui n'a pas succédé, quant au passif, à l'ancienne personnalité civile du *capite minutus*³.

La personne sous puissance ne se défendra donc pas elle-même : à celui qui a acquis la *patria potestas*, la *manus* ou le *mancipium*, incombera la mission de

¹ Ulpien, L. 2, § 1, Dig., de *Cap. min.*, IV, 5 ; Gaius, III, 84, et IV, 38. Cette action utile est perpétuelle, et elle est accordée contre les héritiers du débiteur, de même qu'aux héritiers du créancier (L. 2, § 5, Dig., *eod. tit.*).

² Gaius, IV, 38.

³ Gaius, III, 84.

venir défendre à l'action intentée contre elle. S'il en est ainsi, le prêteur rédige la formule, en ayant soin de laisser figurer le nom du *capite minutus* dans l'*intentio*, et celui du chef de famille dans la *condemnatio*, afin de contraindre ce dernier à acquitter *in solidum*, comme si elle lui était personnelle, la dette en paiement de laquelle il comparait. Mais, dans l'hypothèse où personne ne consent à jouer le rôle de *dominus litis*, le prêteur traite en *indefensus* le débiteur, et, par une application nouvelle de cette idée que la *capitis deminutio* doit être regardée comme non avenue, il envoie les créanciers en possession des biens qui constituaient son patrimoine avant sa déchéance d'état¹.

La jurisprudence romaine finit par écarter la nécessité d'une rescision préalable de la *capitis deminutio*, en traitant comme un pécule le patrimoine ancien de l'adrogé : elle fut ainsi conduite, par une fiction rétroactive, à étendre l'action *de peculio* même aux dettes que l'adrogé avait contractées « *ex ante gestò* », antérieurement à son changement de condition. Désormais le père put être condamné *suo nomine*, sur ses biens propres, mais jusqu'à concurrence de l'actif acquis en vertu de l'adrogation. Cette innovation, approuvée par Ulpien et par certains autres jurisconsultes (*quidam recte putant*), contrairement à l'avis des Sabinien, n'enlevait pas sa

¹ Ulpien, L. 2, § 1, Dig., *eod. tit.*; Gaius, III, 84. Mais si le *capite minutus* n'a pas de biens et n'en avait pas non plus avant son changement d'état, en d'autres termes, si le débiteur *alieni juris* est resté *alieni juris*, l'action des créanciers est forcément inefficace (Accarias, t. I, p. 439, note 2).

raison d'être à la voie de la rescision, plus avantageuse souvent pour les créanciers que l'action *de peculio*¹.

F. — *Manque ou insuffisance de représentation de la personne du débiteur.*

La mort du débiteur ne saurait, à elle seule, autoriser les créanciers à demander l'envoi en possession des biens héréditaires. L'héritier qui a fait adition continue la personne juridique du défunt, et il répond à ce titre de ses obligations²; en conséquence, il paiera les dettes grevant l'hérédité, comme bon lui semblera, soit de son argent personnel, soit avec le produit des ventes en détail et à l'amiable du patrimoine successoral.

Tout autre est l'hypothèse dans laquelle la représentation de la personne du *de cujus* fait absolument défaut ou se trouve insuffisante; en l'absence d'héritier connu qui leur permette de suivre le cours régulier de la justice, les créanciers se voient forcés d'agir contre la masse même des biens³.

¹ Ulpien, L. 42, Dig., *de Pec.*, XV, 1; Pomponius, L. 7, Dig., *de Pec. legat.*, XXXIII, 8. Cf. Machelard, *op. cit.*, pp. 330-331, 332-334; Accarias, t. II, p. 166, note 1.

² Toute question de bénéfice d'inventaire mise à part sous Justinien.

³ Nous remarquerons qu'ici la volonté du débiteur n'intervient ni directement, comme au cas de *latitatio* ou du refus de se défendre, ni indirectement, comme au cas d'exil.

a. — Défaut de représentation de la personne du débiteur.

N'est pas représenté le débiteur dont la succession devient vacante : que la cause de déshérence réside dans l'inexistence d'héritier légitime ou prétorien, dans l'abstention de l'héritier sien et nécessaire ¹, ou bien dans la répudiation de tous les autres ayants-droit, comme au cas de déclaration, faite par un individu institué sous condition, de ne jamais se porter héritier, quoi qu'il advienne ²; car cette déclaration, de même que l'abstention de l'héritier sien et nécessaire, vaut répudiation vis-à-vis des créanciers ³. Si donc la succession, à défaut d'autre personne, n'est même pas acceptée par le fisc, la nécessité s'impose d'envoyer les créanciers en possession des biens du défunt ⁴.

Bien plus, la déshérence n'a pas besoin d'être certaine. Le préteur, après examen des faits (*causa cognita*), peut juger utile la *missio*, dès qu'intervient une incerti-

¹ Paul, L. 6, *præm.*, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5; Gaius, II, 156-158; Just., *Inst.*, II, 19, § 2.

² Paul, L. 1, *præm.*, Dig., de *Cur. bon. dando*, XLII, 7.

³ Ce n'est pas une véritable répudiation, parce que l'institué sous condition ne peut pas prendre parti avant l'ouverture de l'hérédité, c'est-à-dire avant l'arrivée de la condition (Pothier, *Pandectes*, ad Tit. *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4, n° 23).

⁴ Gaius, III, 78; C. 5, C., de *Bon. author. jud.*, VII, 72. L'acceptation par le fisc d'une succession vacante ou répudiée ne le rend ni héritier, ni *bonorum possessor* : il ne succède qu'aux biens, et, à vrai dire, il n'est appelé qu'à recueillir l'excédent de l'actif sur le passif (L. 11, Dig., de *Jur. fisc.*, XLIX, 14).

tude prolongée sur le point de savoir si l'hérédité sera acceptée¹ : il serait même libre d'en décréter l'exécution pendant le délai accordé à l'héritier pour délibérer². Par application du même principe, l'envoi devient possible au cas où il existe une incertitude provenant d'une institution conditionnelle³ : peu importe que la condition dépende ou non de l'héritier, pourvu qu'elle menace de se prolonger⁴ ; seulement, s'il s'agit d'une condition *potestative*, l'héritier peut se voir impartir un certain laps de temps, sur la demande des créanciers, dans lequel il devra réaliser la condition, sous peine d'encourir le risque d'un envoi en possession⁵.

**b. — Insuffisance de représentation de la personne
du débiteur.**

Le *de cujus* n'est pas suffisamment représenté, si l'héritier qui a fait adition est suspect et refuse de donner aux créanciers héréditaires la caution ordonnée

¹ Ulpien, L. 8, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4. — En droit français, il y a lieu dans ce cas de demander la nomination d'un curateur à la succession vacante (art. 844 C. civ. et suiv.).

² Paul, L. 9, § 1, Dig., *eod. tit.* ; Ulpien, L. 3, Dig., *de Curat. fur.*, XXVII, 10.

³ Ici, l'incertitude est forcée, puisque l'héritier institué ne peut faire adition que s'il est encore vivant et capable au jour de l'arrivée de la condition : or, il est à craindre que « *pendente conditione* » les droits des créanciers ne soient compromis.

⁴ Pomponius, L. 23, §§ 1 et 2, Dig., *de Hered. instit.*, XXVIII, 3.

⁵ Paul, L. 4, *præm.*, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5 (Cujas lit : « *Ita ut dubium* », au lieu de : « *Aut dubium* ». OBSERVAT., XXIV, 17).

par le prêteur : là encore, la *missio in possessionem* peut avoir lieu ¹, mais à la condition que les créanciers aient réclamé cette caution, et, à défaut, l'envoi, dans un bref délai depuis l'adition ; sans quoi, force leur serait de prouver le dol de l'héritier ². Pour apprécier le caractère suspect de l'héritier, le prêteur tient compte de ses facultés pécuniaires, abstraction faite de son honorabilité ³ ; et même, à supposer qu'il soit pauvre, l'héritier évitera l'envoi, s'il n'a rien détourné de la succession et ne mérite d'autre reproche que celui d'une modeste condition : le prêteur lui enjoindra simplement de ne pas diminuer la consistance des biens ⁴. Dans tous les cas, les créanciers qui suspecteraient à tort la solvabilité d'un héritier, se rendraient passibles à son égard de l'action d'injures ⁵.

§ 2. — De l'envoi en possession à la suite d'une sentence ou d'une « *confessio in jure* ».

A. — Exécution forcée de la sentence ou de la « *confessio in jure* ».

Le défendeur qui a été condamné ⁶ ou qui a reconnu

¹ Ulp., L. 31, § 3, Dig., de Reb. auct. jud., XLII, 5.

² Ulp., L. 31, § 2, eod. tit.

³ A la différence du tuteur qui, pour être écarté comme suspect, doit avoir accompli des actes frauduleux (Ulp., L. 31, § 1, eod. tit.).

⁴ Ulp., L. 31, § 4, eod. tit.

⁵ Ulp., L. 31, § 5, eod. tit.

⁶ Par *sententia* du *judex* ou par *decretum* du magistrat statuant *extra ordinem*. Au contraire, les décisions arbitrales ne sont suscep-

in jure le droit de son adversaire¹, se trouve obligé, non plus aux termes d'une convention, mais en vertu d'un acte judiciaire, et comme tel, à défaut de paiement volontaire ou d'une satisfaction équivalente, il s'expose à la *missio in possessionem*; mais, comme ses intérêts ne sauraient être compromis par une expropriation faite à la légère, il reçoit de la loi le bénéfice d'un délai, susceptible d'être prolongé ou restreint par le magistrat, durant lequel on ne peut agir ni sur sa personne, ni sur ses biens.

La loi des XII Tables ajournait toute exécution après les trente jours qui suivent la condamnation ou l'aveu².

Durant toute la période classique, les *dies justi* restent

tibles d'exécution que si les arbitres ont reçu du magistrat leur pouvoir ou s'il a été ajouté à la décision une clause pénale donnant lieu, contre le condamné récalcitrant, à l'action *ex stipulatu* (Paul, *Sent.*, V, 5 (A), § 1; L. 1, C., *de Recept. arbit.*, II, 56).

¹ Paul, L. 3, Dig., *de Confess.*, XLII, 2 : « *Confessus pro judicato habetur* », pourvu que l'aveu n'ait rien de contraire au droit, soit relatif à une chose possible et ne tienne pas à une erreur de fait (Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 837). Encore faut-il à l'origine que la *confessio in jure* porte sur une obligation tendant à *Jare* ou à livrer une *certa quantitas* (L. 6, *præm.*, *eod. tit.*) : dans le cas contraire, et faute par le défendeur de liquider le droit du demandeur, le magistrat délivre une action, dite *confessoria*, en vertu de laquelle le juge aura à statuer, non pas sur l'existence, mais sur le montant de la somme à payer (L. 6, §§ 1 et 2, *eod. tit.*). Plus tard, la *Confessio* est étendue aux hypothèses prévues par la loi Aquilia (L. 4, *eod. tit.*), au cas d'une *certa res* demandée par suite d'un legs *per damnationem* (L. 71, § 3, Dig., *de Legatis*, XXX, 1; L. 61, Dig., *ad Leg. Falcid.*, XXXV, 2), et enfin à toutes sortes d'actions sans distinction, par suite d'une *oratio* de Marc-Aurèle (L. 6, § 2, Dig., *de Confess.*, XLII, 2). Zimmern, *op. cit.*, § CXXVI, trad. d'Étienne, p. 376 et 377.

² *Supra*, p. 29, note 3.

tels, ayant pour point de départ la sentence du juge ou l'aveu *in jure* du défendeur ¹ : à leur issue, le créancier a la faculté de poursuivre, mais il n'est pas nécessairement en demeure d'agir pour sauvegarder son droit d'exécution ².

Le délai légal, avons-nous dit, peut être étendu ou restreint.

Le magistrat statuant *extra ordinem* a la liberté de proroger le délai légal d'après les circonstances de la cause ³ : le *judex* sous le régime formulaire jouit de la même faculté ⁴ ; l'un et l'autre pourraient même prolonger le délai de faveur primitivement accordé ⁵.

¹ Ulpien, L. 6, § 6, Dig., *de Conf.*, XLII, 2, et Paul, *Sent.*, V, § (A), § 2. L'application de ce délai est générale sous le système formulaire, où toutes les condamnations, même en matière de droit réel, sont pécuniaires ; il n'y a d'exception que dans les deux cas suivants : 1° si la dette avouée n'est pas liquide et donne lieu à l'action *confessoria*, la *missio* est différée jusqu'à la sentence du juge ; 2° dans les actions arbitraires, le délai légal ne commence qu'à dater de la sentence rendue sur la non-exécution du *jussus*. Sic Tambour, *op. cit.*, p. 88. Contra Voet (*de Re judicata*, n° 31), et Cujas (sur la loi 3, au Code, *de Executione rei judicatæ*), d'après lesquels le délai légal serait inapplicable aux actions *in rem*, parce qu'il est plus facile à un possesseur de livrer la chose qu'il détient, qu'à un débiteur de se procurer la somme nécessaire pour acquitter le montant de sa condamnation.

² Zimmern, § CXLVI, trad., p. 436 ; § CLI, trad., p. 445, et Tambour, p. 94 et 95, d'après Ulpien, L. 6, § 3, *de Re judic.*, XLII, 1 ; Contra, Paul, *Sent.*, V, § (A), § 8.

³ Ulpien, L. 2, Dig., *de Re judic.*, XLII, 1, avec ou sans obligation pour le débiteur de donner caution (L. 24, Dig., *de Judiciis*, V, 1). — La législation française reconnaît aux juges un semblable droit de prorogation (art. 1244 C. civ.).

⁴ Ulpien, L. 4, § 5, Dig., *de Re judic.*, XLII, 1.

⁵ Callistrate, L. 31, *eod. tit.*

Mais restreindre le délai légal est chose rare (*per-raro*) : c'est un droit qui, pour être refusé au *judex*¹, constitue l'apanage exclusif du magistrat², soit qu'il statue lui-même *extra ordinem*³, soit qu'il ait renvoyé le litige devant un *judex* ; toutefois, le délai que le *judex* aurait expressément indiqué dans sa sentence n'admettrait de la part du magistrat aucune modification⁴.

B. — *Cession de Biens.*

Nous avons vu jusqu'ici les intéressés poursuivre eux-mêmes la saisie pour arriver à la vente : nous nous occuperons maintenant de la faillite due à l'initiative d'un débiteur qui, se sentant au-dessous de ses affaires, vient spontanément déposer son bilan.

La Cession de biens est l'abandon volontaire que fait de l'universalité de son patrimoine, après condamnation ou aveu, un débiteur de bonne foi, en vue d'échapper aux effets de l'exécution corporelle⁵.

¹ Ulpien, L. 4, § 5, *eod. tit.* : « *Si quidem minorem diem statuerit judex tempore legitimo, repleatur ea lege quod sententiæ judicis deest.* »

² Ulpien, L. 2, *eod. tit.*

³ Ulpien, L. 2, *eod. tit.* : « *veluti si alimenta constituentur, vel minori vigintiquinque annis subvenitur.* » Adde L. 31, *eod. tit.*, qui mentionne encore le refus de payer par pure mauvaise volonté (*per contumaciam*).

⁴ *A fortiori*, puisqu'il est interdit au prêteur de modifier ses propres jugements (Celse, L. 14, et Paul, L. 42, *eod. tit.*)

⁵ C. 1, C., *Qui bon. ced.*, VII, 71. En droit français, les créanciers du cédant sont dispensés de recourir aux formalités de la saisie (art. 1269 C. civ. et 904 C. proc. civ.).

Il s'agit donc d'un privilège, qui ne saurait être imposé par l'autorité judiciaire.

Les conditions de fond se réduisent aux trois suivantes :

1° Le débiteur doit réellement avoir des biens à céder, puisque la *Bonorum Cessio* constitue l'abandon d'un patrimoine entier¹ ;

2° Il faut qu'il s'agisse de débiteurs malheureux et de bonne foi². Sans cela, si la Cession de biens est ouverte à tous les débiteurs, la persistance de l'exécution sur la personne à partir de la Loi Julia devient étrange³.

On s'étonnera volontiers qu'une restriction aussi notable ne soit pas expressément énoncée dans le recueil de Justinien⁴.

Mais enfin la distinction rationnelle que nous fixons entre les dissipateurs et les débiteurs ruinés par des malheurs imprévus, n'est-elle pas écrite au Code Théodosien dans deux constitutions qui refusent aux débiteurs du fisc de mauvaise foi le bénéfice de la Cession de biens⁵? Ne découle-t-elle pas encore de la possibilité

¹ A part certains biens, les mêmes que nous verrons être soustraits à la Vente en masse. Cette première condition paraît peu équitable; car, plus un débiteur est malheureux et plus il a droit à la protection de la loi.

² Comme en droit français (art. 1268 C. civ.).

³ A tout le moins, en dehors du cas où le débiteur ne possède absolument rien. (*Supra*, pp. 45, 46, 81 et 82.)

⁴ Pour ce motif peut-être que, au temps de Justinien, la *Bonorum Distractio* n'entraînait pas l'infamie, rendit d'un usage très rare la *Bonorum Cessio*.

⁵ LL. 1 et 4 des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, C. Th., *Qui ex lege Jul. bon. ced.*, IV, 20 : « *alienæ rei.... retentator ac debitor....* » Or il n'est pas de preuve positive établissant le caractère exceptionnel de la règle posée dans ces constitutions.

de l'action Paulienne contre le *defraudator* qui a dissipé tout ce qu'il avait acquis depuis la vente de ses biens, et cela « *non propter emolumentum actionis, sed propter pœnam* », pour arriver à le frapper de la contrainte corporelle¹ ? Et lorsque Paul nous dit que « celui dont les biens ont été vendus par suite de sa mauvaise foi sera poursuivi pour le tout² », c'est-à-dire ne pourra pas opposer le bénéfice de compétence, ne refuse-t-il pas ainsi aux débiteurs coupables de dol la ressource de la Cession qui entraîne précisément le privilège de n'être tenu que *in quantum facere potest* ? De même, suivant Ulpien, l'associé ne peut invoquer le bénéfice de compétence qu'autant qu'il est de bonne foi³. Enfin, puisque, à la différence de ce qui se passe au cas de vente en masse, le débiteur, dont les biens ont été vendus après cession, n'est pas frappé d'infamie, il semble que pareil ménagement n'a jamais été observé à l'égard de l'insolvable de mauvaise foi.

Telle est, du reste, l'opinion communément admise aujourd'hui⁴.

¹ Venuleius, L. 23, § 7, Dig., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8. *A fortiori* la Cessio est-elle refusée dans cette hypothèse.

² Paul : « *Si quis dolo fecerit, ut bona ejus venirent, in solidum tenetur.* » (L. 51, *præm.*, Dig., de *Re judic.*, XLII, 1.)

³ Ulpien, L. 63, § 7, Dig., *pro Socio*, XVII, 2. *A pari* il ressort encore que le cédant doit être de bonne foi.

⁴ Sic : Zimmern, § LXXVIII, trad. d'Etienne, p. 243 et 244 ; Puchta, *Cursus der Institutionen*, 5^e édit., t. II, p. 245 ; Bonjean, *op. cit.*, t. II, p. 560 ; Giraud, *op. cit.*, p. 149 ; Troplong, *op. cit.*, p. cx ; Machelard, *op. cit.*, p. 509 ; Van Wetter, *Cours de dr. rom.*, t. II, p. 252 ; Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 602 ; Ortolan, *op. cit.*, t. III, p. 583 ; Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 917, note 2. — Contra : Godefroy, et quelques commentateurs anciens ; Tambour, *op. cit.*, p. 129-135 ; Vainberg, *op. cit.*, p. 129-132. Les partisans du système que

3° La Cession de biens doit être précédée d'une condamnation ou d'une *confessio in jure* ; et en effet, elle a pour résultat de prévenir l'exécution sur la personne : or, la contrainte corporelle nécessite au préalable l'existence d'une sentence ou d'un aveu devant le magistrat¹.

Si nous passons aux conditions de forme, nous remarquons à l'origine la nécessité de certaines formalités, telles que des rites solennels et une déclaration du cédant vraisemblablement faite *in jure*².

nous repoussons se basent principalement sur le silence des textes et sur la novelle CXXXV qui, d'après eux, distingue l'insolvable victime d'un cas de force majeure du débiteur ruiné par sa faute, pour accorder à l'un une faveur préférable à la cession qu'elle conserve toujours au pouvoir de l'autre : au lieu de céder leurs biens, les débiteurs de bonne foi devront affirmer par serment leur insolvabilité et laisser agir leurs créanciers. En réalité, Justinien substitue à la Cession de biens de droit commun une sorte de Cession de biens dépourvue de déshonneur.

¹ Ulpien, L. 8, Dig., de Cess. bon., XLII, 3 : « *Qui cedit bonis, antequam debitum agnoscat, condemnetur, vel in jus confiteatur, audiri non debet.* » D'après ce texte, la reconnaissance même extra-judiciaire de la dette autoriserait la Cession de biens ; mais alors où trouver un seul cas de cession prohibée, puisque par elle-même elle implique nécessairement un aveu ? Les mots : « *antequam debitum agnoscat* » auront été ajoutés au texte primitif par les compilateurs du Digeste (Sic : Zimmern, *Geschichte des römischen Privat-Rechts*, t. III, § LXXVIII, n° 14, p. 247, et Tambour, *op. cit.*, p. 124 ; Contra Vainberg, *op. cit.*, p. 126) ; à moins qu'ils ne se réfèrent à une hypothèse spéciale, comme à celle d'une reconnaissance faite devant un arbitre *ex compromisso*. (Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 916, note 3 *in fine*.)

² C. 6, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71. (Cf. art. 901, C. proc. civ.) Sic Tambour, *op. cit.*, p. 125 ; Contra Vainberg, *op. cit.*, p. 126-127.

SECTION II

DES MOYENS D'ÉCARTER L'ENVOI EN POSSESSION

On entrevoit dès maintenant la déconsidération pécuniaire et morale qui frappait les victimes de l'Envoi en possession : aussi l'intérêt, joint à l'honneur, commandait-il d'en prévenir l'atteinte.

En dehors des délais de justice très courts que nous avons étudiés, deux sortes de moyens se présentaient : l'atermoiement et les remises.

§ 1^{er}. — Atermoiement.

Le débiteur qui veut éviter une exécution sur ses biens peut solliciter un atermoiement de la part de ses créanciers.

Si les créanciers s'interdisent, par un pacte *de non petendo* limité à un certain temps, le droit de poursuivre le paiement des sommes qui leur sont dues, toute réclamation de leur part, formulée avant l'expiration des délais, est susceptible d'être repoussée par l'*exceptio pacti conventi*¹ ; mais, du moins à l'époque où nous nous plaçons, ce n'est qu'une pure faculté : nul n'est obligé

¹ Just., *Inst.*, § 10, *de Except.*, IV, 13.

de consentir une suspension de paiement et ceux-là seuls sont engagés qui l'ont souscrite.

§ 2. — Remises.

Si les débiteurs préfèrent à l'atermolement une sorte de concordat, ils peuvent se faire décharger en partie de leurs dettes au moyen de l'*acceptilatio*¹ ou d'un pacte de *non petendo*²; mais semblable convention n'obligerait pas les créanciers dissidents.

Il est cependant un cas dans lequel la rémission décidée par la majorité des créanciers s'impose à la minorité : c'est le cas de l'héritier qui consent, en retour de certaines remises, à accepter la succession d'un insolvable³. La *Bonorum separatio* de l'héritier sien et nécessaire ou l'abstention de l'héritier sien ne peut compromettre la situation des créanciers, puisque le patrimoine du *de cujus* leur sert de gage; mais la *Venditio* constitue une procédure longue et coûteuse, qui aboutit souvent à une adjudication peu profitable. Il va donc de l'intérêt des créanciers de déterminer l'héritier à faire adition.

Un moyen d'éviter les inconvénients de la *Venditio* serait sans doute de donner mandat à l'héritier d'accep-

¹ Les coobligés du débiteur se trouvent alors dans la même mesure libérés (Ulpian, L. 16, *præm.*, Dig., de *Acceptil.*, XLVI, 4).

² Mais ici, le pacte peut être consenti *in personam*, à la personne seule du débiteur; et dès lors reste intact le droit du créancier d'agir contre les coobligés. (V^o Quintilien, de *Inst. orat.*, liv. V, ch. x.)

³ Cette rémission forcée ne reçoit donc aucune application du vivant du débiteur (Vainberg, *op. cit.*, p. 151).

ter la succession¹ : celui-ci y trouverait l'avantage de se faire indemniser par l'*actio mandati contraria* des sommes qu'il aurait déboursées au delà de l'actif héréditaire ; par contre, il pourrait éprouver des pertes, s'il n'avait pour mandants que des créanciers insolvables ou peu nombreux, et même, en dehors de revers possibles, on conviendra que chez lui la passion d'acquérir serait faiblement stimulée.

Aussi intervient-il habituellement entre créanciers et successible, sous la forme d'un pacte *de non petendo*, une sorte de concordat réglementé par deux rescrits, l'un d'Antonin le Pieux et l'autre de Marc-Aurèle².

Les créanciers, réunis en assemblée, délibèrent sur les remises que les circonstances leur commandent d'accorder. Pas de difficulté, si tous sont d'accord ; mais dans le cas contraire et si la majorité préfère à l'envoi en possession une remise partielle des dettes, la décision doit être approuvée par le prêteur³. Le calcul de la majorité se fait, non pas d'après le nombre des créanciers, mais en raison du montant des créances⁴ : à sommes égales, c'est le nombre qui prévaut ; à égalité en sommes et en nombre, le prêteur suit l'avis du créancier « *qui dignitate inter eos præcellit* » ; enfin, à égalité de dignité civique, c'est l'intérêt le plus humain qui l'emporte, c'est-à-dire que partage vaut remise et

¹ Julien, L. 32, Dig., *Mandati*, XVII, 1.

² Ulpien, L. 7, § 17 et L. 10, *præm.*, Dig., *de Pactis*, II, 14.

Ce traité est assez analogue à notre Concordat moderne.

³ Ulp., L. 7, § 19, *cod. tit.*

⁴ Comp. art. 507, C. de comm., modifié par l'art. 15, al. 1 de la loi du 4 mars 1889.

le pacte est accordé¹. Si plusieurs personnes ont un même titre de créance, comme des *correi stipulandi*, elles n'ont qu'une voix, « *quia unum debitum est* ». Ont encore une seule voix les tuteurs qui représentent le même pupille²; il en est de même pour le mandataire de plusieurs créanciers et pour le tuteur qui représente plusieurs pupilles ayant des intérêts distincts³.

Le traité, dûment voté et homologué par le prêteur, devient obligatoire pour tous les créanciers présents⁴ et même absents⁵ : il n'est pas opposable aux créanciers non convoqués. Mais les créanciers absents hypothécaires conservent-ils leurs droits intacts? Oui⁶, à la différence des créanciers absents privilégiés⁷, à qui le traité est opposable « *quantum ad summam petendam, non quantum ad privilegium.* » Pour être désintéressés les premiers, les créanciers privilégiés n'en subiront

¹ Papinien, I. 8, *eod. tit.* Cujas a résumé ces règles sur la majorité : « *Vincit quantitas, non numerus; numerus, non dignitas; dignitas, non humanior sententia* » (Ed. Paris, I, p. 625).

² Paul, L. 9, *eod. tit.*

³ Pour ce motif singulier que « *difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat* » (même loi).

⁴ Ulpien, L. 10, *præm., eod. tit.*, d'après le rescrit de Marc-Aurèle.

⁵ Ulpien, L. 7, §§ 17 et 19; L. 10, *præm., eod. tit.*

⁶ A moins qu'ils n'assistent à la délibération des créanciers, auquel cas le dividende qui leur est attribué doit être prélevé sur les biens hypothéqués (Favre, *Rationalia de pactis*, t. I, p. 219; Vinetius, *de Pactis*, ch. xxvii, § 8). Autrement, les créanciers hypothécaires ne sont pas comptés dans le calcul de la majorité par personnes (Vainberg, *op. cit.*, p. 151).

⁷ Ulpien, L. 10, *præm.*, Dig., *de Pactis*, II, 14, d'après le rescrit d'Antonin le Pieux. Contra Paul, L. 38, § 1, Dig., *Mandati*, XVII, 1.

done pas moins, au même titre que les créanciers absents, la décision de la majorité ¹.

L'héritier se libère en payant le dividende qu'il a promis ².

SECTION III

DE LA PROCÉDURE DE L'ENVOI EN POSSESSION

Nous savons combien à l'origine était étendu le droit d'exécution privée des créanciers³. Tout change sous l'action des idées civilisatrices : la force individuelle se transforme en un moyen de repousser la violence⁴, dominé par le principe d'ordre qui régit toutes sociétés bien organisées : nul ne doit se faire justice à

¹ C'est la seule conciliation que l'on puisse proposer entre les textes contradictoires des deux jurisconsultes ; Paul est d'avis que les privilèges soient maintenus : Ulpien nous indique dans quelle mesure ils le seront. (Vainberg, *op. cit.*, p. 451, comp. avec Favre, *op. cit.*, t. I, p. 249, et Vinnius, *op. cit.*, ch. xxvii, § 8.) Cet arrangement ne profite pas aux légataires suivant la règle : « *Nemo liberalis, nisi liberatus.* » (L. 3, § 1, xxxv, 2.)

² Qu'il nous soit permis de mettre en regard de ces faveurs accordées aux débiteurs une mesure de répression qui nous est indiquée par Spartien : « *Decoectores bonorum suorum si suæ auctoritatis essent, catomidiari in amphitheatro et dimitti jussit.* » (Vie d'Adrien, n° 17.)

³ *Nezum* (*Supra*, p. 24) et *Pignoris Catio* (*Supra*, p. 47 et 48).

⁴ Ulpien, L. 1, § 27 et L. 3, § 9, Dig., de *Vi et de vi arm.*, XLIII, 16.

soi-même¹. C'est ainsi qu'à Rome, avant de procéder à l'exécution forcée, il faut obtenir une sentence, un aveu fait *in jure*, ou bien, en dehors d'un procès préalable, un ordre du magistrat². Le créancier dont le droit a été reconnu ne peut même pas agir de son autorité propre contre le *judicatus*, sans quoi « *furti actione et vi bonorum raptorum ei tenetur*³. »

Tout naturel nous semble dès lors le rôle considérable que joue le magistrat dans la *Bonorum Venditio*. « Ce qui est caractéristique, c'est que chaque évolution de cette procédure vers le dernier terme de l'exécution, l'adjudication des biens au plus offrant enchérisseur, est marquée par l'intervention du prêteur ; on ne fait pas un seul pas sans son approbation, et cette garantie de

¹ Cicéron, *pro Cæcina*, ch. xi ; Paul, L. 176, *de Reg. jur.*, L. 17 ; C. 9, C., *de Oblig. et act.*, IV, 10 (Tambour, *op. cit.*, t. I, p. 39-53).

² Tenaient encore lieu de titres exécutoires, à l'époque classique, le droit de fiducie ou de gage concédé à un créancier (Paul, *Sent.*, V, 26, § 4), et peut-être aussi le *jussus* rendu par le juge d'une action arbitraire. (Sic : Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 1141 *et seq.* ; Pellat, *Exposé des principes généraux de droit romain sur la propriété*, commentaire du titre : *De la revendication, ad Leg. 68 d'Ulpian, Dig., de Rei vindic.*, VI, 1, p. 367 *et seq.* ; Bonjean, *op. cit.*, t. II, p. 113 et 274 ; Tambour, *op. cit.*, t. I, p. 405-411 ; Zimmermann, *op. cit.*, §§ LXV et LXVII, trad. d'Etienne, p. 192 et 201 ; Maynz, *op. cit.*, t. I, § 119, p. 780. Contra : Savigny ; Laboulaye, *Histoire de la procédure civile chez les Romains*, traduite de Waller, préliminaires, p. XXI et XXII.)

³ Ulpian, L. 6, § 2, *Dig., de Re judic.*, XLII, 1. Ainsi le créancier qui, sans avoir obtenu d'envoi, s'était emparé des biens de son débiteur, était condamné au double de la valeur de la chose volée, et même au quadruple, s'il était pris encore nanti de l'objet soustrait ou bien s'il avait employé la violence.

nouvelle date est tout à fait substituée à l'action directe du créancier, délégataire supposé de la puissance publique, dans l'ancien droit ¹. »

Pour obtenir le bénéfice de l'envoi en possession, une ordonnance du magistrat doit être rendue à la requête (*postulatio*) des intéressés. Notre troisième section comprendra quatre paragraphes relatifs : 1° à la demande ; 2° à l'ordonnance ; 3° à l'objet ; 4° à la publicité et à la durée de l'envoi en possession.

§ 1^{er}. — De la demande d'envoi en possession

La *Missio in possessionem* doit être demandée, même au cas de cession de biens ² : rien ne nous autorise à reconnaître au magistrat le droit de la prononcer d'office.

De quelle manière la demande est-elle formulée ? Nous verrons au paragraphe suivant que le magistrat statuait, tantôt par voie de réponse directe (*de plano*), tantôt par décret rendu à l'audience (*pro. tribunali* ³). Dans le premier cas, la *postulatio* revêt la forme d'une simple requête écrite (*libellus*), pouvant être déposée même un jour néfaste, tandis que, dans le second, elle est faite à l'audience un jour nécessairement faste,

¹ Giraud, *op. cit.*, p. 146-147.

² Gaius (III, §§ 78 et 79) n'établit en effet aucune différence entre les débiteurs condamnés et ceux qui ont cédé leurs biens.

³ Sur l'antithèse de ces expressions, voir Paul, L. 18, § 10, Dig., de *Quæst.*, XLVIII, 18 et Fr. Vat., §§ 156 et 167.

puisque les autres jours empêchaient les magistrats de siéger¹.

La *missio in possessionem* est demandée par les créanciers.

Mais de quels créanciers entend-on parler ?

De ceux-là, nous dit Paul, qui peuvent poursuivre la vente en masse². Une telle réponse déplace la question sans la résoudre, puisqu'il nous reste maintenant à rechercher qui peut bien poursuivre la vente en masse ; elle est de plus inexacte, car s'il est hors de doute que celui-là seul peut vendre qui s'est fait envoyer en possession, la réciproque n'est pas nécessairement vraie : il n'est pas du tout certain que celui-là seul puisse obtenir l'envoi qui ait le droit de réclamer la vente ; au contraire, nous rencontrerons certaines hypothèses où l'envoi, revêtant le caractère d'une mesure simplement conservatoire, n'entraînera la vente des biens du débiteur qu'en cas d'extrême nécessité.

En logique pure, nous devrions répondre que tous les créanciers ont la faculté de requérir l'envoi : en effet, tous y ont intérêt pour assurer la conservation de leurs droits et aussi pour arriver, au moyen de la vente, à convertir les biens de leur débiteur en un prix qu'ils devront partager entre eux.

Cependant, pour plus de précision, nous distinguerons les uns des autres les créanciers purs et simples et les créanciers à terme ou sous condition.

¹ Ulpien, L. 2, § 1, Dig., *Quis ordo in poss.*, XXXVIII, 15, et L. 71, Dig., *de Reg. jur.*, L, 17.

² Paul, L. 14, § 2, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4 : « *Is mittitur qui potest bona ex edicto vendere.* »

A. — Créanciers purs et simples.

La *missio in possessionem* est-elle la conséquence de l'*indefensio* du débiteur, tous les créanciers, sans exception, ont pleine liberté de la solliciter, car tous ont un droit égal à l'obtenir. S'agit-il au contraire d'une *missio ex causa judicati*¹, ne peuvent en prendre l'initiative que les créanciers munis d'un jugement portant reconnaissance de leurs droits : la sentence constitue en effet un titre personnel que les créanciers étrangers au litige n'ont pas le pouvoir d'invoquer.

En définitive, sauf cette réserve, tous les créanciers purs et simples, dont la créance est fondée, ont droit à l'envoi en possession.

Est-ce à dire que tous doivent se concerter, pour adresser une demande collective au magistrat ? Théophile l'admet et il semble même n'autoriser l'envoi que si les créanciers sont nombreux². Or c'est là une double restriction très discutable apportée à l'action des créanciers : le nombre d'abord n'est sûrement point à considérer ; quant au commun accord, vraisemblable peut-être à l'origine, il cessa d'être exigé lorsque les relations d'affaires eurent pris davantage d'extension.

¹ Hypothèse qui comprend celles de la *confessio in jure* et de la *bonorum cessio*.

² Théophile, *Instit.*, III, 12, de *Success. subl.* : « Si eveniebat ut quis multis deberet, et postea litigaret neque defensorem haberet, CREDITORES CONVENIENTES PRÆTOREM ADIBANT, hoc ei querentes; per-mittebatque iis prætor in possessione esse bonorum debitoris. »

Du reste l'assertion de Théophile est d'autant moins certaine qu'elle est isolée : Gaius¹ ne met en demeure les créanciers de se réunir qu'après l'envoi ; Cicéron nous décrit une saisie opérée sur la demande d'un seul créancier², et Paul se pose la question de savoir quelle est dans cette hypothèse l'étendue du bénéfice de l'envoi : « *Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti : quaeritur, utrum solus is qui petit, possidere potest ? an cum unus petit, et praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit ?* » Inutile la question du jurisconsulte, si le décret d'envoi doit intervenir sur une demande collective des créanciers. La vérité est donc qu'en dehors d'une entente générale, chacun des créanciers jouit du droit de se faire envoyer, même seul, en possession du patrimoine du débiteur.

A supposer que la demande soit collective ou particulière, quelle en est au juste la portée ?

C'est ici qu'apparaît la généralité du bénéfice de l'envoi. Ceux qui poursuivent la *missio in possessionem* sont réputés agir au nom de tous : aussi, dès qu'elle est obtenue, elle profite à la masse des créanciers³. Peu importe que la demande soit isolée : la demande d'un seul sauvegarde les intérêts de tous ; la permission de posséder donnée à l'un est concédée à tous : ce n'est

¹ Gaius, III, § 79.

² Cicéron, *pro Quintio*.

³ Paul, L. 12, *præm.*, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

⁴ La généralité du principe romain se retrouve dans le dessaisissement que produit, en droit français, le jugement déclaratif de faillite : c'est une dérogation à la règle d'après laquelle les décisions de justice n'ont de valeur qu'au regard de ceux qui les obtiennent.

donc pas tel ou tel qui se trouve envoyé en possession, mais la masse des créanciers représentée par un ou plusieurs d'entre eux¹.

Bien entendu, la *missio in possessionem* ne profite à la masse, qu'autant qu'elle a été octroyée à un véritable créancier. Serait nulle la demande formulée par un créancier apparent; sans effet l'ordonnance d'envoi, même au regard des créanciers qui n'auraient pas une qualité d'emprunt² : en outre, l'auteur du subterfuge s'exposerait à une poursuite en diffamation³.

Est-ce, au contraire, un vrai créancier qui a obtenu l'envoi? Le bénéfice en est irrévocablement acquis à tous les autres : ceux-ci pourront donc continuer la procédure engagée, lors même que le premier *missus* aurait touché le montant intégral de sa créance⁴, ou encore qu'il se serait purement et simplement désisté.

¹ Ulpien, L. 5, § 2, Dig., *Ut in poss. legat.*, XXXVI, 4 : « *Is, qui possidet, non sibi, sed omnibus possidet* » ; Paul, L. 12, *præm.*, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5 : « *Et commodius dicitur, cum prætor permiserit, non tam personæ solius petentis, quam creditoribus, et in rem permissum videri* » ; Cic., *pro Quintio*, XXIV : « *Cur ex tot creditoribus aliis ad istam rationem nemo accesserit* » et XXIX.

² Paul, L. 12, *præm.*, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5 : « *Plane si is postulaverit, qui creditor non est : minime dicendum est, vel eum qui creditor est, possidere posse : quia nihil egit talis postulatio.* »

³ Gaius, III, 220 ; Just., *Inst.*, IV, iv, § 1.

⁴ Paul, L. 12, *præm. in fine*, Dig., *de Reb. auct. jud. poss.*, XLII, 5.

Nous supposons que le paiement n'a pas été fait *in fraudem creditorum* : sans quoi il serait nul, en ce sens que le créancier désintéressé devrait en faire participer ses co-créanciers (Ulpien, L. 6, § 7, Dig., *Quæ in fraud. credit.*, XLII, 8).

Pour repousser la généralité du bénéfice de la *missio*, en vain aurait-on recours au principe : « *Nemo per extraneam personam acquirere potest*¹. » Cette règle de droit, applicable en matière de propriété, de droits réels et de créances, n'a pas trait en effet à la possession : or nous verrons que la *missio in possessionem* ne confère même pas la possession proprement dite². Ajoutons encore, avec le jurisconsulte Paul, que le premier *missus* n'a fait d'acquisition, ni pour lui-même ni pour autrui : car il a usé d'un droit dont il jouissait, avant la demande, en union avec ses co-créanciers. En se faisant accorder l'envoi, il s'est borné à remplir, au nom de tous, un simple acte de procédure : « *aliquid ex ordine facit*³. »

La seule difficulté est de préciser comment les créanciers viendront se lier à la procédure entreprise sur l'initiative d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux. Ce point était fort discuté entre jurisconsultes⁴ : le manque de textes ne nous permet pas davantage de le trancher

¹ Principe rigoureux, sauf les exceptions résultant des attributs de la puissance du chef de famille.

² Tambour, *op. cit.*, t. I, p. 161.

³ Paul, L. 12, *præm.*, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5 ; Pothier, *Pand. Just.*, l. XLII, tit. V, n° 12 (note) : « *exsequitur solemnem juris ordinem.* »

Cette décision, quoique subtile, est en raison pure absolument irréprochable : toutefois, par le sort identique qu'elle assigne à tous les créanciers d'un même débiteur, ne tenant compte ni de la vigilance des uns, ni de la négligence des autres, elle heurte, croyons-nous, le vieil adage romain : « *Jus civile vigilantibus scriptum est* ». (Scévola, L. 24, Dig., *Quæ in fraudem credit.*, XLII, 8.)

⁴ C. 10, de Justinien, *præm.*, C., *de Bon. author. jud.*, VII, 72.

aujourd'hui. Cependant, comme la *missio* avait lieu *in rem*, il est vraisemblable qu'en droit classique, les créanciers qui voulaient s'associer aux poursuites commencées, n'étaient obligés ni de formuler une nouvelle demande, ni même de manifester leur intention auprès du magistrat ou des premiers *missi*.

B. — Créanciers à terme ou sous condition.

La question de savoir si les créanciers ayant un droit à terme ou sous condition peuvent demander l'envoi, ou tout au moins en profiter lorsque d'autres l'ont déjà obtenu, fait l'objet d'une vive controverse.

Ulpien, dans son ouvrage sur l'Édit, se prononce pour la négative : « *Si in diem vel sub conditione debitor latitet : antequam dies vel conditio veniat, non possunt bona ejus venire* ¹ » ; du même avis est Papinien, dans ses *Quæstiones* : « *Nam et si in diem vel sub conditione debeatur, fraudationis causa non videtur latitare* ². »

D'un autre côté, Paul, dans son ouvrage sur l'Édit, accorde sans restriction aux créanciers conditionnels le droit de demander l'envoi en possession : « *In possessionem mitti solet creditor, et si sub conditione ei pecunia promissa sit* ³ ; » alors que, dans un passage tiré de ses *Quæstiones*, il leur refuse cette faculté, pour ne la reconnaître qu'aux créanciers purs et simples : « *Creditor*

¹ Ulpien, L. 7, § 14, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

² Papinien, L. 50, *præm.*, Dig., *de Peculio*, XV, 1.

³ Paul, L. 6, *præm.*, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

*autem conditionalis in possessionem non mittitur : quia is mittitur qui potest bona ex edicto vendere*¹. »

L'antinomie est frappante : elle s'explique cependant dans une certaine mesure par les points de vue différents d'où les auteurs ont envisagé la question. On comprend qu'il faille protéger les intérêts des créanciers conditionnels ; mais, par ailleurs, il importe de ne pas ordonner des garanties trop onéreuses ni des poursuites inconsidérées contre une personne qui peut-être ne devra jamais rien². Paul lui-même a pu successivement se laisser guider par l'une et l'autre considération.

De même, il est vraisemblable que la matière était controversée : le soin avec lequel Paul dans la loi 14, § 2, et Ulpien dans la loi 7, § 14, motivent leur décision, semblerait le prouver.

Il n'est pas impossible encore que la loi 6, empruntée à un commentaire tout de jurisprudence sur l'Édit, contienne la pratique en vigueur au temps de Paul³ ; tandis que la loi 14, § 2, extraite des *Quæstiones*, c'est-à-dire d'un recueil essentiellement théorique, renferme la doctrine pure admise en droit romain.

Mais tout cela n'est que conjectures et ne nous dit pas en particulier si Paul, dans les textes cités, s'est oui ou non contredit.

¹ Paul, L. 14, § 2, Dig., *ead. tit.*

² Cette dernière manière de voir se retrouve au fond de la Loi 7, § 14, d'Ulpien : « *Quid enim interest, debitor quis non sit, an nondum conveniri possit? nam et si non sit debitor, idem dicemus.* »

³ Arg. des mots : « *In possessionem mitti* SOLET... » qui présentent la chose comme une pure tolérance.

De la comparaison des systèmes de Cujas et de Doneau, il semble résulter que la contradiction est en somme plus apparente que réelle.

I. — Cujas, commentant la loi 14, §§ 1 et 2, appuie tout d'abord sur la différence qui existe entre légataires et créanciers conditionnels¹.

Le légataire conditionnel peut, sur le refus de l'héritier de lui fournir caution, se faire envoyer *legatorum servandorum causa* en possession des biens du *de cuius*. Tant que durera l'incertitude, il n'aura pas sans doute le droit de provoquer la vente ; l'envoi qui lui sera accordé revêtira un caractère purement conservatoire, mais ne pourra lui être refusé, car il a beau n'être créancier de son legs que conditionnellement, il n'en a pas moins le droit de demander des garanties à l'héritier. En un mot, le légataire conditionnel est envoyé en possession « *non tantum pignoris vice, sed etiam cautionis vice.* » Au contraire, la *missio in possessionem* n'est jamais accordée aux créanciers que « *pignoris vice*², » comme une sorte d'acheminement vers la vente. Or, le créancier conditionnel ne peut pas vendre ; il ne peut donc pas davantage être envoyé en possession³. Telle est la loi 14, § 2.

¹ *Cujacii opera omnia, Editio quinta, Tomus sextus, col. 695, In lib. II Quæst. Pauli, ad Leg. XIV, Quib. ex caus. in poss. eatur, Parisiis, apud A. Durand et Pedone-Lauriel, editores, 1874.*

² « *Non cautionis vice,.... præter quam uno casu (L. 4, de Separat.)* » Cujas, *op. cit.*, col. 695.

³ Cujas, *op. cit.*, col. 695 :

« *Qui mittitur in possessionem potest bona vendere,
Creditor conditionalis non potest bona vendere,
Ergo creditor conditionalis non mittitur in possessionem.* »

Par contre, comment se fait-il qu'aux termes de la loi 6, le créancier conditionnel soit habituellement envoyé en possession ?

« *Nihil est quod tam facile explicari possit*¹. » La loi 6 autorise une *missio* qui ne doit pas être suivie de *Bonorum Venditio*, tandis que la loi 14, § 2, l'interdit aux créanciers conditionnels, mais en tant seulement qu'elle peut avoir la *Bonorum Venditio* pour résultat. Le créancier à terme ou sous condition aura donc la faculté de solliciter et d'obtenir l'envoi, mais cet envoi ne lui assurera aucune des prérogatives qu'il comporte d'ordinaire, telles que *pignus prætorium*, droit de vendre², etc... : la mise en possession ne sera pas réelle. Conciliation très juste, car « *si initium spectes, mittuntur : si finem vel effectum, non mittuntur, quia pignus non contrahunt, quibus nondum neque res, neque pecunia, neque cautio ulla debetur*³. » Les deux propositions, loin d'être contradictoires, se complètent ainsi mutuellement⁴.

« Mais, objecte Tambour, c'est quelque chose de bien singulier que cette *missio sine effectu*⁵ ? » Si elle ne comporte par elle-même aucun avantage, quel intérêt les créanciers à terme ou sous condition ont-ils à la demander ?

¹ Cujas, *op. cit.*, col. 696.

² A moins toutefois que les effets de ce premier décret d'envoi ne viennent à être confirmés par la demande ultérieure de quelques créanciers purs et simples.

³ Cujas, *op. cit.*, col. 696 ; Cf. le même, *in Lib. LVII, ad Edictum Pauli, ad Leg. VI, eod. tit.* ; et *in Lib. XII Respons. Papiniani, ad Leg. IV, de Separat.*

⁴ Pothier suit l'opinion de Cujas.

⁵ Tambour, *op. cit.*, t. I, p. 163.

Le voici : nantis, pas en fait, *mais en droit*, de tout le patrimoine de leur débiteur, ils en empêcheront la dissipation. Du reste, cet envoi conservatoire est très logique : le créancier conditionnel, muni d'un droit éventuel aux biens du débiteur, doit avoir à sa disposition des mesures conservatoires ; mais, comme il jouit d'un droit résoluble, il ne saurait recourir à des actes ayant un caractère définitif.

Soit, ripostent les adversaires de Cujas ; mais nulle part, dans les textes de Paul, il n'est trace d'une *missio sine effectu*.

Cependant, répond-on, en présence des mots : « *Qui potest... VENDERE*, » employés dans la loi 14, § 2, on demeure convaincu que Paul fait allusion au droit de vendre, qu'il considère ici l'envoi en possession comme un accessoire de la vente ¹, à la différence de la loi 6, où le jurisconsulte envisage l'envoi en lui-même, comme mesure conservatoire et non comme préliminaire de la *Bonorum venditio* ; la preuve en est dans les exemples qui suivent le *premium* de cette loi 6, au nombre desquels figurent le cas du pupille, celui de l'absent pour cause de service public et celui du citoyen fait prisonnier par l'ennemi. Dès lors, n'est-il pas juridique de refuser aux créanciers conditionnels ou à terme la *missio* réclamée comme acte d'exécution, et de la leur concéder pour la simple conservation de leurs droits ?

II. — Malgré la valeur du système de Cujas, la conci-

¹ Comp. Ulpien, L. 7, § 14, *eod. tit.* : « *Antequam dies vel conditio veniat, non possunt bona ejus VENIRE.* »

liation que propose Doneau est généralement plus suivie¹.

Les deux lois de Paul contiennent deux solutions ayant chacune leur application distincte, suivant que le créancier à terme ou sous condition se trouve seul, ou bien que d'autres créanciers se sont déjà fait envoyer en possession.

Le créancier à terme ou sous condition qui se trouve seul, ne peut pas personnellement (*suo jure*) demander la *missio*, par ce motif que « *nondum conveniri potest debitor*. » Quel titre, en effet, invoquerait-il? L'exécution d'une condamnation? c'est manifestement impossible. La *latitatio*, l'absence, l'incapacité du débiteur? mais ces faits ne donnent matière à envoi que s'ils aggravent la situation du demandeur : or, dans notre hypothèse, le créancier conditionnel ou à terme ne saurait se prétendre lésé, puisqu'il ne peut pas agir, ou que, s'il poursuit, il se heurte à une exception²; du reste, celui-là n'est pas *indefensus*, dont l'absence ne porte aucun préjudice à la partie adverse³. Le créancier conditionnel ou à terme n'a donc aucun titre pour obtenir l'envoi; peut-être même le créancier conditionnel n'en aura-t-il jamais! Comme il serait par trop dur pour une personne qui n'est pas certaine d'être débitrice un jour, de voir ses biens saisis, le créancier conditionnel ou à terme attendra l'exigibilité de la dette, pour en récla-

¹ *Hugonis Donelli opera omnia, Tomus sextus, cum notis Osualdi Hilligeri, Comm. de Jur. civ., Lib. XXIII, cap. XI, § 8, Maceratae, 1831, ex officina Benedicti q. Antonii Cortesi.*

² Ulpien, L. 7, § 14, *eod. tit.*

³ Ulpien, L. 2, § 3, *eod. tit.*

mer le paiement, et, à défaut, pour recourir à la vente en masse.

Au contraire, si des créanciers purs et simples, dont le droit par conséquent était exigible, ont déjà obtenu l'envoi, rien n'empêche le créancier conditionnel ou à terme de se joindre à eux pour profiter des mêmes avantages ; il lui importe, en effet, d'être lié à la procédure, dans la crainte que son droit éventuel ou à terme ne soit compromis par ses cocréanciers : or, l'intérêt qu'il fait valoir ne sacrifie point celui du débiteur, puisque ce dernier « *conveniri potest* ¹. » Nul doute que le créancier ne puisse pas retirer de son intervention un bénéfice actuel, mais enfin, la demande qu'il aura formulée lui servira toujours, « *ut existente conditione res illi proficiat ad pignus contrahendum.* »

D'où la conciliation suivante : « *Itaque dicitur hic absolute non mitti in possessionem : quia neque semper mittitur neque mittitur unquam in justam possessionem et talem, qualem veri creditores, qui in bona missi sunt, ex edicto consequuntur. Idem tamen dicitur mitti : quia mittitur aliquando, sed ita ut si quando mittatur, ea possessio dicatur per abusionem, non vere.* »

« *Dura hæc conciliatio*, » dit Hillinger, l'annotateur de Doneau ². Et de fait, cet essai de conciliation ne concilie pas grand chose, car les lois 6 et 14, § 2, supposent très nettement le cas d'un créancier condition-

¹ Doneau, *loc. cit.* : « *Nulla est injuria, nullum incommodum absentis in hac possessione etiam conditionali creditori locum dari cum aliis.* »

² Hugonis Donelli opera omnia, Tomus sextus, cum notis Osualdi Hilligeri, *Comm. de Jur. civ.*, Lib. XXIII, cap. XI, § 8, not. 8.

nel qui, le premier de tous, vient lui-même demander la *missio in possessionem*¹. En outre, la distinction que fait Doneau, pour être équitable, n'en est pas moins arbitraire : rien ne prouve que le jurisconsulte Paul ait prévu des hypothèses différentes. Le mérite d'un tel système est d'être ingénieux, mais l'idée en est trop moderne².

III. — A vrai dire, l'une et l'autre conciliation renferme un certain fonds de vérité.

Il est tout d'abord incontestable que les créanciers conditionnels ou à terme profitent de l'envoi en possession accordé sur la demande de créanciers dont le droit était exigible. Puisque le patrimoine du débiteur est le gage de tous ses créanciers, l'obtention de l'envoi ne saurait être une source de profit pour les uns et une cause de ruine pour les autres. Surtout si l'on se rappelle que l'envoi en possession ordonné, même sur la demande d'un seul, profite à la masse des créanciers, quoi de plus logique que de conserver aux biens, désormais détenus par les *missi*, le même caractère qu'ils avaient entre les mains du débiteur ? Créanciers purs et simples et créanciers conditionnels ou à terme bénéficient donc tous de l'envoi.

Le créancier conditionnel ou à terme ne profite pas simplement de l'envoi accordé sur la demande de

¹ Accarias, *op. cit.*, t. II, § 781, p. 919, note 1.

² C'est pourtant la conciliation de Doneau que suivrait de préférence Tambour (*op. cit.*, t. I, p. 164).

créanciers purs et simples, « en ce sens que sur le prix de la vente on lui réserve le dividende auquel il aurait droit *conditione eveniente*¹ » ou bien à l'échéance du terme ; il bénéficie encore de la *Venditio* qui peut suivre l'envoi. Cette solution est formellement consacrée par Gaius² dans l'hypothèse suivante : Un débiteur a subi la *Bonorum Venditio* et l'*emptor* est en train de recouvrer les créances personnelles que le *defraudator* possède contre des tiers ; l'un d'eux est créancier du *defraudator* ; le *bonorum emptor* se trouve donc en même temps débiteur *defraudatoris nomine* et créancier d'une même personne ; en conséquence il devra, nous dit Gaius, déduire dans son action la somme qui est due au tiers qu'il entend poursuivre³ ; il devra même déduire, c'est là le point important de notre argumentation, tout ce qu'il lui doit *in diem* du chef du *defraudator*⁴. La *Bonorum Venditio* rend donc les dettes exigibles⁵ ; en conséquence, nous devons admettre que le créancier à terme a le droit de toucher une partie du prix de vente⁶.

Mais, objectera-t-on, Gaius ne parle que du créancier à terme ? Et il a raison, car le créancier conditionnel pourra n'avoir jamais été créancier.

¹ Accarias, *op. cit.*, t. II, § 781, p. 919, note 1.

² Gaius, C. IV, § 67.

³ Gaius, C. IV, § 65.

⁴ Gaius, C. IV, § 67 : « *Item vocatur in deductionem et id, quod in diem debetur.* »

⁵ F. Duranton, *Revue de droit français et étranger*, 1846, p. 745. Du reste, le législateur français a consacré un principe semblable dans les articles 1188 C. civ. ; 444, al. 1, C. comm., et 8 de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire.

⁶ *A fortiori* profite-t-il de l'envoi. C'est un argument de plus en faveur de la thèse de Doneau.

Néanmoins, nous croyons la même doctrine applicable aux créanciers conditionnels : eux aussi peuvent profiter et de l'envoi et de la *venditio*, car, d'après les textes, ils suivent le même sort que les créanciers à terme ¹. Du reste, le créancier conditionnel aura bien été créancier, si plus tard la condition à laquelle est soumis son droit vient à se réaliser ; dès lors, ne serait-il pas rigoureux de l'exclure de la répartition d'un patrimoine qui peut-être sera rétroactivement considéré comme ayant été son gage autrefois ? Le seul tempérament que l'on puisse admettre est celui-ci : le créancier conditionnel qui touchera son dividende, devra auparavant donner caution de le restituer, au cas où l'inaccomplissement de la condition viendrait à démontrer qu'il n'a jamais eu qualité pour le recevoir ².

Enfin, devons-nous aller jusqu'à prétendre, à l'encontre de Doneau, que le créancier à terme ou sous condition a le droit de prendre l'initiative de la *missio in possessionem* ?

¹ Ulpien, L. 7, § 14, Dig., *Quibus ex caus. in poss.*, XLII, 4; Papinien, L. 50, *præm.*, Dig., *de Peculio*, XV, 1; et L. 4, *præm.*, Dig., *de Separat.*, XLII, 6. Il est vrai que dans les deux lois de Paul les créanciers conditionnels sont seuls mentionnés ; mais créanciers à terme et créanciers conditionnels doivent être mis sur la même ligne, car, d'après la Loi 7, § 14, d'Ulpien, le créancier à terme ne peut pas vendre, et c'est précisément pour ce motif que Paul refuse dans la loi 14, § 2, au créancier conditionnel le droit de se faire envoyer en possession.

² Il faut avouer, du reste, que la difficulté est bien moins grande à cette époque-ci de la législation romaine, où l'acheteur ne promet pas un prix à partager, mais un tant pour cent aux créanciers.

Non, dans l'hypothèse, qui ne peut d'ailleurs se présenter, d'une sentence ou d'une *confessio in jure*.

Mais le peut-il *dans tous les autres cas* ? Parfaitement ; seulement l'envoi lui sera concédé à titre conservatoire, et jamais comme mesure d'exécution, du moins avant l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition ¹.

Les créanciers conditionnels ou à terme peuvent, en effet, par l'action Paulienne, faire annuler certains actes de leur débiteur qui leur causent un préjudice, notamment les affranchissements d'esclaves ² ; et on leur dénierait le droit bien moins important de se faire envoyer en possession ? C'est impossible, d'autant plus que, dans l'hypothèse où l'héritier de leur débiteur est insolvable, ils peuvent demander la séparation des patrimoines qui implique une *missio in bona* ³. Par ailleurs, si l'on suppose la succession du *de cujus* en déshérence ou entre les mains d'un héritier suspect, on a peine à comprendre que, à la différence des légataires à terme ou sous condition, les créanciers à terme ou sous condition ne soient pas admis à pratiquer une saisie conservatoire ⁴ ; mieux

¹ Sic Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 603, note 47, et Van Wetter, *op. cit.*, t. II, p. 247 et 248. Contra Accarias, *loc. cit.* : « Fort probablement, Paul faisait des distinctions que les compilateurs ont supprimées. Peut-être admettait-il le créancier conditionnel à demander la *missio* dans le cas où le débiteur était mort sans héritier, tandis qu'il lui refusait ce droit lorsque le débiteur se cachait *fraudationis causa*. »

² Loi 27, *præm.*, Dig., *Qui et a quibus*, XL, 9.

³ Papinien, L. 4, *præm.*, Dig., *de Separat.*, XLII, 6.

⁴ Ulpien, L. 5, *præm.* et *aliàs*, Dig., *Ut in poss. leg.*, XXXVI, 4, et Paul, L. 14, §§ 1 et 2, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

vaut leur reconnaître le droit de se faire envoyer, sous forme conservatoire, en possession des biens de leur débiteur.

Ainsi, par ce double caractère que présente l'envoi, d'être à la fois une mesure conservatoire et une voie d'exécution, s'explique la contradiction qui semble vicier les textes de Paul.

Dans la loi 14, § 2, les mots : « *creditor AUTEM conditionalis* » prouvent qu'il y a là opposition entre le cas d'un légataire conditionnel et celui d'un créancier conditionnel : la *missio* de l'un n'entraîne pas l'expropriation, tandis que la *missio* de l'autre n'est le plus souvent qu'un acheminement vers la vente ; le jurisconsulte conclut, en termes peut-être trop absolus, que le droit de saisir n'appartient pas aux créanciers conditionnels « *quia is mittitur qui potest bona ex edicto vendere.* » Cette raison, bien qu'insuffisante et parfois inexacte, nous donne cependant la clé de la différence qui est posée entre légataires et créanciers conditionnels ; elle est à tout le moins une preuve que Paul considère ici la *missio* comme une voie d'exécution, et non pas comme un acte simplement conservatoire.

Si maintenant Paul accorde dans la Loi 6 aux créanciers conditionnels le droit de se faire envoyer en possession, c'est qu'il suppose l'hypothèse d'un envoi réclaté à titre conservatoire, comme en matière de *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, et non pas à titre de formalité devant entraîner la vente des biens.

Avec cette interprétation tout s'harmonise, sans qu'il faille recourir à la suprême ressource de corriger les textes par additions ou par retranchements.

Veut-on, par exemple, avec Ant. Favre¹, corriger la Loi 6 et lire : « *In possessionem mitti solet creditor, NISI* (au lieu de : ET SI) *sub conditione ei pecunia promissa sit ?* » Mais alors, refuser dans tous les cas aux créanciers conditionnels ou à terme la faculté de demander l'envoi, c'est méconnaître l'esprit de la législation romaine, qui leur concède tous actes ayant pour effet de sauvegarder leurs droits ; c'est de plus prononcer l'interdiction d'une mesure qui, mise en leur pouvoir, ne comporte rien d'illogique ni d'exorbitant.

Est-ce au contraire la Loi 14, § 2, qu'il convient de modifier ? On comprendrait à la vérité que les créanciers conditionnels ou à terme eussent toujours le droit de saisir le patrimoine de leur débiteur, sauf à ne reconnaître à cette saisie que l'effet d'un acte conservatoire ; mais, en retour, on devrait supprimer tout le passage qui termine la Loi 7, § 14, d'Ulprien, à partir des mots : « *quid enim interest*, etc. » Le jurisconsulte ne prohibe sans doute explicitement que le droit de faire opérer la vente ; mais la généralité du motif qu'il allègue : « *il n'y a pas de créanciers* », semble prouver qu'il leur dénie en outre la faculté de solliciter l'envoi en possession. Disons toutefois que c'est là une raison évidemment fausse, témoin la *deductio* qu'est en demeure de subir l'*emptor*, lors même que la dette dont il est tenu *defraudatoris nomine* se trouve affectée d'un terme.

Loin de nous, certes, la prétention de vouloir trancher définitivement dans un sens ou dans l'autre une

¹ Ant. Favre, RATION., *ad Leg.* 50, *de Peculio*, XV, 1 (t. IV, p. 209 et seq., Édit. Lyon, 1663).

question aussi controversée, bien que cependant notre théorie ait été enseignée par M. Labbé à son cours¹. En tout cas, s'il reste encore douteux que les créanciers à terme ou sous condition puissent prendre l'initiative de l'envoi, il est au contraire très certain que jamais ils n'ont le droit de provoquer la vente en masse des biens de leur débiteur²; autrement, ce serait pour eux un moyen fort commode d'arriver à un paiement qu'en droit il leur est interdit de réclamer avant l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition.

§ 2. — De l'ordonnance d'envoi en possession.

La *missio in possessionem*, dûment réclamée, est ordonnée par le magistrat. C'est une procédure *extra ordinem*, dans laquelle le magistrat seul intervient, y eût-il déjà sentence prononcée par un *judex*; à plus forte raison, ne donne-t-elle pas lieu à nomination d'un juge pour

¹ Tambour (*op. cit.*, t. I, p. 164) propose un système analogue, mais néanmoins défectueux : dans la loi 6, Paul viserait les cas où l'envoi ne doit pas aller au delà d'une mesure conservatoire, comme dans certaines hypothèses où le débiteur n'est pas défendu, et dans la loi 14, § 2, il envisagerait les cas où l'envoi accordé à la suite d'une sentence ou pour une autre cause semblable doit nécessairement aboutir à l'expropriation. Le vice d'un tel système est de mettre sous la plume du jurisconsulte une inutilité, car il va de soi que le créancier conditionnel ou à terme n'aura jamais à demander l'envoi dans l'hypothèse de l'exécution d'une sentence ou d'une *confessio in jure*.

² Ulpien, L. 7, § 14, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4. Sic : Accarias, *op. cit.*, t. II, n° 781, p. 919, note 1 *in fine*; Tambour, *op. cit.*, t. I, p. 164.

la diriger, lorsqu'il a été impossible au demandeur de prendre au préalable un jugement¹. La demande d'envoi qui serait basée sur une sentence pourrait, il est vrai, donner ouverture à l'action *judicati* ; mais le *judex* désigné n'aurait pas pour mission de procéder à l'exécution de la sentence : tout son rôle se bornerait à décider s'il y a bien eu sentence ou encore sentence exempte de nullité, et, dès qu'il aurait prononcé, les parties devraient retourner devant le magistrat.

Après avoir énuméré les juridictions qui, sous le régime formulaire, sont compétentes à raison de la nature même de l'envoi, nous étudierons quel magistrat dans telle affaire déterminée se trouve compétent, comment il procède et quelle est la portée de son ordonnance d'envoi en possession.

I. — La *missio in possessionem* est un de ces actes qui rentrent dans l'*imperium* plutôt que dans la *jurisdictio*. « *In possessionem mittere*, nous dit Ulpien, *imperii magis est, quam jurisdictionis*. » Et le même jurisconsulte définit l'*imperium* : « *Mixtum est imperium....., quod in danda bonorum possessione consistit*². » Paul exprime ce caractère d'une façon non moins formelle, quand il refuse aux magistrats municipaux le droit d'accorder la *missio*, pour ce motif que « *Ea, quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest*³. »

¹ Ulpien, L. 13, *præm.*, Dig., de *Re judic.*, XLII, 1.

² Ulpien, LL. 3 et 4, Dig., de *Jurisd.*, II, 1.

³ Paul, L. 26, *pr.* et § 1, Dig., ad *Municip.*, L, 1.

De ces textes découle naturellement le critérium, auquel nous reconnaitrons les divers magistrats ayant le pouvoir de prononcer l'envoi : l'attribution qui leur sera nécessaire est l'*imperium mixtum*.

Ainsi, durant la période républicaine, sont compétents *ratione materie* : à Rome, les préteurs ¹, et peut-être aussi les édiles dans les limites de leur juridiction ²; en Italie, dans les préfectures les *præfecti* envoyés de Rome, et dans les villes qui ont conservé leurs libertés municipales les magistrats municipaux (*duumviri* ou *quatuorviri juri dicundo* ³); enfin, dans les provinces, les magistrats

¹ Gaius, III, 79.

² Tambour, p. 64.

³ La *Lex Galliarum Cisalpinarum* (an 705 U. C.) reconnaît en effet aux magistrats municipaux le droit d'ordonner l'exécution sur la personne (*duci jubeto*), pourvu qu'il s'agisse d'une somme déterminée et n'excédant pas 15,000 sesterces : pourquoi dès lors ne pourraient-ils pas dans les mêmes limites prononcer l'exécution sur les biens ? (Tambour, *op. cit.*, p. 64 et 65.) Il est vrai que la *Lex*, dans le chapitre XXI, ne dit rien d'un envoi ordonné par les magistrats municipaux, tandis qu'au chapitre XXII, qui traite du préteur et des magistrats supérieurs, elle prévoit clairement le cas de l'envoi en possession : «*eosque duci, bona eorum possideri, proscribere venireque jubeto.* » Stieber (*op. cit.*, § 8, p. 24) en tire argument pour ne reconnaître aux magistrats municipaux qu'un pouvoir d'exécution sur la personne et jamais sur les biens. Mais il est à remarquer que la *Lex* use de termes identiques pour caractériser les pouvoirs respectifs du préteur et des magistrats municipaux : « *Quicumque duumvir,..... juri dicundo præerit.....* » — « *Prætor, isve, qui de ea re Romæ juri dicundo præerit.....* » Dès lors il est impossible, pour refuser aux magistrats municipaux le droit d'accorder l'envoi, de se baser sur une distinction, non encore admise, entre l'*imperium* et la *iurisdictio*. Du reste, le chapitre XXII

municipaux si la ville est organisée en municipale, et, dans le cas contraire, les gouverneurs, appelés propréteurs ou proconsuls.

Sous l'Empire, au sommet de la hiérarchie, le préfet du prétoire est investi, après l'empereur, du droit d'exécution ; puis viennent, munis d'un semblable pouvoir : à Rome, les préteurs, et le préfet de la ville (*præfectus urbis*) dont l'autorité croissante ne tarde pas à supplanter celle des préteurs¹ ; en Italie, non plus les magistrats municipaux, mais les magistrats supérieurs nommés *consulares* sous Adrien, remplacés plus tard par des *juridici* sous Marc-Aurèle et par un *curator* sous Aurélien² ; enfin, dans les provinces, les gouverneurs, appelés proconsuls dans les provinces du Sénat, et *præsides*, *præfecti*, *proprætores*, *legati Cæsaris*, dans les provinces de l'empereur.

En somme, la distinction entre la *jurisdictio* et l'*imperium* ne semble présenter aucun intérêt à l'égard des magistrats supérieurs : pour eux, les expressions « im-

de la même Loi renferme qu'après la condamnation ou la *confessio in jure*, l'exécution aura lieu comme si les choses s'étaient passées à Rome.

¹ Les consuls paraissent même investis d'une certaine juridiction : « *Cum Romæ a consulibus extra ordinem iudex datus.... essem.* » (Aulu-Gelle, XX, 13.)

² Ainsi, d'après le droit du Digeste, si les magistrats municipaux conservent toujours le droit de saisir *per pignoris capionem* des objets particuliers (Ulpien, L. 29, § 7, Dig., *ad Leg. Aquil.*, IX, 2, arg. : « *ex lege pignus capere* »), incontestablement ils perdent, à partir d'Alexandre Sévère, tout ce qui est « *magis imperii quam jurisdictionis* » (Paul, L. 26, *præm.*, Dig., *ad Municip.*, L, 1), et par conséquent le droit d'envoyer en possession.

perium mixtum » et « *jurisdictio* » sont synonymes¹ ; mais elle est importante en ce qui concerne les magistrats inférieurs, les magistrats municipaux, qui possèdent la *jurisdictio*, sans être munis de l'*imperium* : or, dans le droit du Digeste, c'est toujours à un magistrat supérieur qu'il faut s'adresser pour obtenir l'envoi en possession.

Une semblable organisation ne peut qu'entraîner, au mépris des intérêts des justiciables, l'éloignement et la rareté des magistrats ; mais ces inconvénients se trouvent tempérés par l'organisation des « *conventus* », véritables assises que les gouverneurs ont coutume de tenir dans certaines parties de leur province, et surtout grâce à l'usage de la « *jurisdictio mandata* »². De tout temps, en effet, les magistrats romains purent déléguer les pouvoirs résultant de leur fonction³, soit à un magistrat inférieur, soit même à un simple particulier⁴. Le délégué agissait ainsi au lieu et place de son mandant ; investi de la même juridiction⁵, il recevait en conséquence l'*imperium mixtum* et un pareil droit d'exécution : « *quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est* »⁶.

¹ Ulpien, L. 3, Dig., de *Jurisd.*, II, 1 : « *Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest.... Id est,* » ajoute G. Noodt (de *Jurisdictione et Imperio*, lib. I, cap. III), *quod alio nomine etiam jurisdictio appellatur.* »

² Dig., de *Officio ejus, cui mandata est jurisdictio*, I, 21.

³ Papinien, L. 1, *eod. tit.*

⁴ Paul, L. 5, § 1, *eod. tit.*

⁵ Papinien, L. 1, § 1, *eod. tit.*

⁶ Paul, L. 5, § 1, *eod. tit.* ; Adde Papinien, L. 1, § 1, *in fine, eod. tit.* — De la sorte, le simple particulier auquel la *jurisdictio* avait été déléguée, avait, par cela même qu'il représentait complètement le magistrat déléguant, plus de pouvoir que les magistrats municipaux.

Ce qui ne veut pas dire que la délégation ne pouvait jamais porter directement sur le droit d'exécution ; au contraire, en présence du manque de textes, il y a tout lieu de penser que le magistrat qui avait eu connaissance du litige pouvait charger une autre personne de l'exécution seule, et par là même lui conférer le droit de prononcer l'envoi en possession ¹.

II. — De tous les magistrats qui ont qualité d'une manière générale pour ordonner la *missio*, quel est celui auquel il faudra s'adresser dans une affaire déterminée ? En d'autres termes, *ratione personæ*, lequel sera compétent ? Certaines distinctions semblent nécessaires :

S'agit-il de faire respecter une sentence de condamnation, ce sera le magistrat qui aura délivré la formule d'action, ou bien son successeur ².

La *missio* est-elle demandée à la suite d'une *confessio in jure*, ce sera le magistrat qui aura reçu l'aveu.

Enfin, dans tous les cas comportant *indefensio*, sera saisi de la procédure d'exécution le magistrat qui aurait connu de l'action, s'il y avait eu procès ³, c'est-à-dire, du moins en thèse générale, le magistrat du domicile du défendeur ⁴.

¹ Cf. L. 4, § 1, *eod. tit.* ; C. 4, C., *Si contra jus vel utilit.*, I, 22 : « *Et si non cognitio, sed executio mandatur.....* » Sic : Tambour, *op. cit.*, p. 70.

² Ulpien, L. 15, *præm.*, Dig., de *Re judic.*, XLII, 1.

³ Gaius, L. 1, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

⁴ Paul, L. 2, *eod. tit.* Pouvait encore être compétent le magistrat du lieu où l'obligation avait été contractée, ou bien encore celui du lieu où devait être effectué le paiement (Gaius, L. 3, *eod. tit.*).

III. — De quelle manière doit procéder le magistrat compétent pour délivrer l'ordonnance d'envoi en possession ?

Tout d'abord, avant d'accorder l'envoi, il faut constater le fait qui y donne lieu ; mais cette vérification ne saurait constituer à elle seule une *causæ cognitio*.

Par ailleurs, s'il est évident que le demandeur est sans droit, pas même apparent, le magistrat peut refuser purement et simplement l'envoi¹.

Mais, dans le cas où le défaut de droit n'est pas aussi manifeste, le magistrat doit-il « *cognoscere causam* », c'est-à-dire procéder tant à la vérification du fait donnant lieu à l'envoi qu'à l'examen du droit du créancier² ?

La question revêt une réelle importance : si la *missio* suppose une *causæ cognitio*, elle ne pourra être ordonnée qu'un jour faste *pro tribunali* ; par décret rendu à l'audience ; dans le cas contraire, rien n'empêche qu'elle soit accordée un jour néfaste *de plano*, par voie de réponse directe à une requête écrite³.

¹ Arg., Loi 50, Dig., de *Peculio*, XV, 1.

² Examen plutôt sommaire qu'approfondi, car la *missio* ne préjuge en rien les éléments du litige : la preuve en est dans la possibilité de la faire rescinder en établissant qu'elle a été ordonnée « *ob falsum creditum vel ob falsam petitionem*. » (Ulpien, L. 1, § 5, Dig., *Ne vis fiat*, XLIII, 4.) Sic : Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 603, note 47 ; Bonjean, *Traité des actions*, t. I, § 498, p. 466. Cf. en droit français, C. de Proc., art. 450.

³ En effet, aux termes de la Loi 71, Dig., de *Reg. jur.*, L, 17, toute affaire qui nécessite une *causæ cognitio* ne peut « *per libellum expediri* ». D'un autre côté, la Loi 9, § 1, Dig., de *Offic. procons.*, I, 46, contient une opposition entre le *decretum* rendu *causa cognita pro tribunali* et l'ordre qui, en dehors d'une *causæ cognitio*, est donné *per libellum de plano*.

Pour la résoudre, nous distinguerons entre eux les divers cas de *missio in possessionem*.

A. — *Défaut illégitime de suffisantes défenses*. — Il y a sujet de craindre ici qu'une personne ne se déclare indûment créancière d'un tiers et qu'elle ne l'expose aux conséquences fâcheuses de l'envoi en possession ¹.

Pour prévenir une telle fraude, certaines précautions avaient été prises. Ainsi le *reus* pouvait à tout instant se présenter, pour contester l'illégalité des mesures employées contre lui, et par ce moyen faire annuler la *Bonorum Venditio* jusque dans ses moindres effets ²; en outre, il jouissait d'une action d'injures contre l'auteur des poursuites ³. D'autre part, le magistrat ne faisait droit à la requête des créanciers qu'après des délais et des avertissements réitérés ⁴: mais, pour plus de circonspection, était-il encore tenu de statuer à l'audience *causa cognita*?

Pour Bethmann-Hollweg^b, la *causæ cognitio* n'était

¹ Paul, L. 12, *præm.*, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5; Ulpien, L. 1, § 5, Dig., *Ne vis fiat*, XLIII, 4.

² Ulpien, L. 7, § 3, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4; Papius, L. 30, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

³ Gaius, C. III, § 220; Ulpien, L. 15, § 33, Dig., *de Injur.*, XLVII, 10.

⁴ Paul, L. 22, *præm.*, Dig., *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6; Cic., *pro Quintio*, XVII. Il fallait voir si des amis du débiteur ne viendraient pas le secourir.

⁵ Bethmann-Hollweg, *Der römische Civil-Process*, vol. II, Bonn, 1865, p. 671. Adde Vainberg, *op. cit.*, p. 106, et Keller, *op. cit.*, trad. de Ch. Capmas, p. 406.

jamais requise ; car par suite de son absence le débiteur ne pouvait pas contester les faits, et ainsi, l'impossibilité d'un débat contradictoire entraînait l'impossibilité d'examiner le fond de l'affaire.

Au contraire, d'après Zimmern¹, l'ordonnance d'envoi n'était jamais rendue que *causa cognita*.

A nos yeux, la vérité réside dans un système mixte :

La *missio in possessionem* est-elle réclamée par le créancier d'une personne qui se soustrait à ses poursuites (*latitat*), la *causæ cognitio* s'impose, probablement parce que la vente des biens doit suivre de très près l'envoi en possession : les textes sont formels².

On ne trouve pas mentionné au Digeste le cas où, en dehors de toute intention frauduleuse, il y a simplement absence empêchant l'*In jus vocatio* ; mais on peut croire que la seule constatation du défaut est suffisante pour ordonner l'envoi³.

Malgré le *vadimonium*, le débiteur ne s'est pas représenté au jour fixé : dans cette hypothèse, il ne semble pas que le demandeur ait à justifier son droit ; donc, pas de *causæ cognitio*⁴.

¹ Zimmern, *op. cit.*, trad. d'Etienne, p. 245. Adde Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 920.

² Julien, L. 48, Dig., *Si servit. vindic.*, VIII, 5 : « *Respondi, oportere prætorem, causa cognita, jubere bona adversarii possideri* » ; C. 9, C., *de Bon. auth. jud.*, VII, 72 : « et eum TUUM ESSE DEBITOREM constat. »

³ Contra Tambour (*op. cit.*, p. 158, note 2) par arg. C. 3, C., *de Procurat.*, II, 43.

⁴ Ulpien, L. 1, § 5, Dig., *Ne vis fiat*, XLIII, 4, lequel suppose un envoi pratiqué « *ob falsum creditum, vel ob falsam petitionem.* » —

Le *reus* comparait régulièrement *in jus*, mais il refuse de se défendre. Par analogie avec le *latitans*, auquel nous avons vu les textes assimiler le défendeur obstiné dans son inertie¹, nous dirons qu'ici le magistrat doit prendre connaissance de la cause.

Quant aux incapables *indefensi*, les ménagements dont on use à leur égard et les précautions que l'on prend pour rendre certaine leur *indefensio*², démontrent *a fortiori* la nécessité d'une *causæ cognitio*, obligeant le demandeur à établir la preuve de sa créance.

Aux incapables nous assimilerons les *capite minuti*, car ils se trouvent frappés d'une incapacité particulière qui les empêche de se défendre eux-mêmes : à leur égard la *causæ cognitio* est par conséquent la règle.

Enfin, lorsque la demande est relative aux biens dépendant d'une succession, la *causæ cognitio* est naturellement jointe au droit pour le magistrat d'apprécier si les circonstances exigent qu'il y ait envoi³.

B. — *Exécution forcée de la sentence ou de la « confessio in jure »*. — Toutes les fois qu'il y a eu sentence, la preuve du fait donnant lieu à la *missio*, c'est-à-dire la constatation de la sentence, se confond avec la preuve du droit. Dès lors, comme il est certain qu'il y a lieu à

Cic., *pro Quint.*, ch. vi, xxiii et xxiv; toutefois, au ch. xxvi, les mots : « *Prætor jussisset ! Opinor..... SI JUS DICERET* », peuvent servir d'argument pour exiger que la *missio* soit ordonnée à l'audience *causa cognita*.

¹ *Supra*, p. 104.

² *Supra*, p. 106 et 107.

³ Ulpien, L. 8, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4; L. 31, *præm.*, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

l'envoi en possession, il semble que le magistrat puisse le prononcer *de plano*¹. Néanmoins, d'après la plupart des interprètes², bien que dans l'espèce l'obligation du débiteur ne soit pas douteuse, l'ordonnance d'envoi doit revêtir la forme d'un *decretum* rendu *causa cognita pro tribunali*; car, c'est précisément à ce moment-là que peuvent être soulevées, au moyen de l'action *judicati*, par exemple, des difficultés sur l'existence ou la validité du jugement.

Il est à peine besoin de dire que contre le *confessus in jure* aucune preuve semblable n'est nécessaire.

Enfin, s'il y a eu cession de biens et par conséquent reconnaissance du droit des créanciers, comme l'envoi est nécessaire, le magistrat peut *de plano* envoyer les créanciers en possession, après simple constatation des faits énoncés par le requérant.

IV. — Quelle est maintenant la portée de l'ordonnance d'envoi en possession?

L'ordonnance délivrée par le magistrat compétent est naturellement exécutoire sur le territoire soumis à sa juridiction.

Mais que décider si le débiteur a des biens situés dans d'autres ressorts? La première ordonnance sera-t-elle exécutoire hors du territoire soumis à la juridiction du magistrat qui l'a délivrée? ou bien sera-t-on en demeure de solliciter une nouvelle ordonnance auprès

¹ Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 920.

² Tambour, *op. cit.*, p. 457.

de chacun des magistrats dans le ressort de qui se trouvent les différents biens ?

Tambour repousse énergiquement toute idée d'une compétence déterminée par la situation des biens. Pour cela, il se fonde sur le caractère essentiel d'unité, d'indivisibilité qui distingue la *Bonorum Venditio*. « C'est, dit-il, tout l'ensemble des droits qui est compris dans l'envoi en possession et dans la vente. Dès lors on ne comprend guère qu'on doive pour l'obtenir s'adresser à plusieurs magistrats..... Il me paraît donc nécessaire qu'un seul magistrat puisse statuer pour tout le patrimoine¹. » L'autorité des magistrats ne saurait en souffrir ; car, en matière de *Bonorum Venditio*, les officiers de l'un n'agissent pas dans la circonscription de l'autre : un seul magistrat rend l'ordonnance, et ce sont les créanciers qui se mettent eux-mêmes en possession du patrimoine de leur débiteur. Il ne s'agit même pas d'une dépossession : l'envoi est une mesure destinée à sauvegarder les droits des créanciers ; comment ne pas concevoir qu'un seul magistrat accorde un simple droit de garde, par l'effet d'une ordonnance ayant force exécutoire dans plusieurs circonscriptions à la fois² ?

Il est très vrai que, dans la *Bonorum Venditio*, c'est tout le patrimoine, une universalité et, en quelque

¹ Tambour, *op. cit.*, p. 73.

² Sic : Stieber, *op. cit.*, p. 58 et seq. ; Zimmern, *op. cit.*, trad. d'Etienne, p. 244 ; Tambour, *op. cit.*, pp. 72-77. (Gaius, III, 79 : « *Jubet ea prætor..... possideri et proscribi.* » — Cic., *pro Quint.*, VI : « *Postulat a Burrhieno prætore Nævius, ut ex edicto bona possidere liceat. Jussit bona proscribi.....* »)

sorte, la personne juridique du débiteur qui se trouve en cause : nous verrons en effet qu'après la vente, le *bonorum emptor* est considéré comme un successeur prétorien (*loco heredis*). Du reste, cette unité d'exécution est proclamée pour la vente en termes très clairs : « *Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet* ¹. » En conséquence, ce qui détermine le lieu de la vente, ce n'est pas la situation des biens, mais les règles de compétence pour l'exercice de l'action : l'ordre de vente produit donc un effet général, absolu, qui atteint le patrimoine tout entier. Il semble dès lors qu'il doive en être de même de l'ordonnance d'envoi en possession, de cette mesure beaucoup moins grave, puisqu'elle n'offre rien de définitif.

Malheureusement, un texte de Paul contredit formellement cette manière de voir ; en voici la teneur : « Celui qui obtient un décret d'envoi en possession ne l'obtient que pour la circonscription dans laquelle est compétent le magistrat qui l'a rendu ². » Et Pothier, sur la foi de ce texte, conclut à la nécessité de s'adresser à chacun des magistrats des provinces dans lesquelles se trouvent situés les biens ³.

¹ Gaius, L. 1, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5. (V° *infra*, pp. 243 et 244.)

² Paul, L. 12, § 1, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5 : « *Is qui possidere jubetur, eo loco jussus videtur, cujus cura ad jubentem pertinet* ».

³ Pothier, *ad Tit. de Reb. auct. jud.*, n° 2, note 1 : « *Si igitur sint bona in alia provincia, adeundus erit præses hujus provinciæ qui jubebit executioni mandari decretum, quo in bona debitoris creditores mittuntur.* »

Le texte de Paul contient, à n'en pas douter, la règle ordinaire en matière d'envoi en possession¹ : il n'est d'ailleurs que l'application du principe qui consacre, en droit romain, le caractère territorial de la juridiction des magistrats².

Mais, objecte-t-on, la pluralité de décrets à obtenir ne manquera pas de susciter entre magistrats des désaccords. L'envoi, admis dans une province et refusé ailleurs, aura pour conséquence la vente de certains biens à côté du maintien de la pleine propriété du débiteur sur les autres : résultat inadmissible, puisqu'il s'agit ici d'une *vente en masse*, d'une exécution sur l'ensemble d'un patrimoine.

L'objection ne tient pas en présence du système suivant qui, seul, se montre un peu soucieux des textes. Sans doute il y a quelque chose d'indivisible dans la *missio*, et voilà pourquoi elle ne sera demandée qu'une seule fois au magistrat compétent pour accorder l'action aux créanciers : on évitera ainsi que la vente et l'envoi qui en est le préliminaire, soient soumis à une compétence différente. Mais, dès que l'ordonnance aura été délivrée, ou bien le magistrat qui l'a rendue adressera une simple *rogatio* aux magistrats des autres ressorts³, ou bien les créanciers devront s'adresser au magistrat de chacune des provinces dans lesquelles sont situés les

¹ Tambour (*op. cit.*, pp. 73 et 74) reconnaît lui-même que, dans le *premium* de la Loi de Paul, il est bien question de l'envoi en possession accordé *rei servandæ causa* aux créanciers.

² Paul, L. 20, Dig., *de Jurisd.*, II, 1.

³ Arg. Ulpian, L. 15, § 1, Dig., *de Re judic.*, XLII, 1 : « si hoc jussi fuerint..... »

biens, à l'effet d'obtenir une sorte d'*exequatur* destiné à vivifier l'ordonnance du magistrat compétent¹. Dans l'une et l'autre hypothèse, les magistrats ne seront appelés à statuer que pour la forme.

§ 3. — De l'objet de l'envoi en possession.

Comme la demande qui est réputée faite au nom de tous, comme aussi l'ordonnance qui profite à la masse des créanciers, l'objet de la *missio* est empreint d'une généralité extrême. L'envoi ne porte donc pas sur des choses isolées, il s'étend à tout l'ensemble du patrimoine, il absorbe la personnalité juridique du débiteur. Cette généralité n'est même pas facultative : elle s'impose aux créanciers, à tel point qu'un envoi partiel serait nul et empêcherait de poursuivre la vente des biens saisis².

Il n'est rien en cela que de très logique. L'envoi en possession est un avertissement donné au débiteur ou à son héritier des dangers qui le menacent : or l'un ou l'autre ne sera véritablement prévenu, que s'il est dépouillé de tous les biens qu'il peut posséder. Supposons par exemple l'envoi en possession d'une partie seulement du patrimoine d'un individu qui est absent : l'*indefensus* conservera la paisible jouissance des biens

¹ Voët, *Pand.*, ad *Tit. de Re judic.*, n° 40.

² Cic., *pro Quint.*, XXIX : « *Omnino autem bona possessa non esse constitui, quod bonorum possessio spectetur non in aliqua parte, sed in universis, quæ teneri ac possideri possint.* »

qu'il a sous la main, sans la moindre préoccupation de surveiller les plus éloignés ; de la sorte, le créancier procédera à une *venditio* partielle, que le débiteur, en l'absence d'information, n'aura pas été à même d'éluder. D'ailleurs, l'envoi en possession est surtout le préliminaire d'une vente qui se fait en masse, qui comprend le patrimoine entier du débiteur : la connexité des deux procédures réclame pour chacune un objet identique.

Évidemment, la *missio in possessionem* ne porte que sur les choses qui sont susceptibles de propriété, sur les esclaves par conséquent, mais jamais sur les personnes libres, soumises à un titre quelconque à la puissance du débiteur¹.

De même, en dehors de certains biens qui ont cessé par fraude de faire partie du patrimoine du débiteur et que ses créanciers feront rentrer au moyen de l'action Paulienne, la *missio in possessionem* s'adresse uniquement aux choses qui se trouvent être sa propriété ; mais elle les englobe toutes, fussent-elles incorporelles².

Toutefois le principe de la généralité de l'envoi subit certaines dérogations qui tiennent, soit à la séparation des patrimoines, soit à la nature de l'objet, soit enfin au caractère de l'action intentée.

¹ Gaius, I, §129.

² En effet, Javolenus, supposant le cas d'une cité qui en justice n'a pas été défendue et ne possède rien de corporel, décide que « *per actiones debitorum civitatis, agentibus satisfieri oportet.* » (L. 8, Dig., *Quod cujusc. univers.*, III, 4.) Sans doute à cause de la qualité particulière du débiteur qui est une ville, il n'est pas question de la *Venditio* : seulement les actions seront exercées au profit de la masse des créanciers.

A. — Il y a des biens du débiteur qui resteront exceptionnellement en dehors de l'envoi, par suite de la séparation des patrimoines.

Cette séparation peut être *réclamée* par les créanciers du *de cujus*, qui n'entendent pas devenir les créanciers personnels de l'héritier : elle peut encore leur être *imposée*, au cas où l'héritier sien et nécessaire vient à s'abstenir.

Peu importe qu'il y ait *bonorum separatio* ou abstention : ces deux bénéfices ont pour commun effet de limiter la vente au patrimoine du débiteur décédé. Dans l'une et l'autre hypothèse, les créanciers héréditaires auront pour débiteur, non pas l'héritier, mais le défunt considéré comme existant encore, et les biens de l'héritier constitueront une masse distincte de ceux dépendant de la succession ; en conséquence, au cas de *bonorum separatio*, les créanciers de l'héritier ne pourront pas être envoyés en possession de la succession qu'il aura pourtant acceptée et recueillie¹, et, au cas d'abstention de l'héritier, les créanciers héréditaires devront se contenter d'entrer en possession du patrimoine du défunt, à l'exclusion du patrimoine de l'héritier².

¹ Ulpien, L. 1, § 1, Dig., *de Separat.*, XLII, 6.

² Just., *Inst.*, II, 19, § 2. Ces notions sommaires suffisent cependant pour l'intelligence de la Loi 28 du titre : *de Reb. auct. jud.*, au Digeste, dans laquelle Javolenus étudie l'espèce que voici :

Un père de famille a institué son fils impubère et, dans la crainte que son fils ne vienne à mourir avant l'âge de puberté, il lui a substitué pupillairement une personne. Le père meurt : le fils use du bénéfice d'abstention et les biens héréditaires sont vendus à la requête des créanciers paternels. Plus tard, s'ouvre

B. — Certains autres biens seront exceptés de l'envoi en possession à raison de leur propre nature.

Tels sont, pour des motifs d'affection, l'esclave concubine du débiteur et les enfants naturels issus de leur

au profit de l'impubère une nouvelle succession, à laquelle il fait addition ; mais il meurt *intra pubertatem*, laissant, comme de droit, son hérédité au substitué qui l'accepte.

Les créanciers envoyés en possession des biens du père, quoique n'ayant pu procéder à la vente de l'hérédité survenue au pupille après son abstention, recevront-ils, pour la faire vendre cette fois, une action contre le substitué, qui, par l'effet de son acceptation, se trouve aux lieu et place du pupille ?

Javolenus admet l'affirmative qu'il justifie ainsi : « *Me illud maxime movet.... unum esse testamentum.* » Deux hérédités sont, il est vrai, dévolues successivement ; mais, comme elles procèdent d'une même volonté exprimée dans un seul testament, le substitué, en acceptant l'hérédité de l'impubère, devient à la fois l'héritier du fils et l'héritier du père. Le substitué se trouve bien l'héritier du père, mais non pas dans les mêmes conditions que l'institué dont il prend la place : car le bénéfice d'abstention lui est refusé, comme constituant une faveur toute personnelle au fils, héritier nécessaire de son père, « *quoniam filii pudori par-citur, ut potius patris quam ejus bona veneant.* » Les successions du père et du fils n'en forment qu'une seule : lorsque le substitué accepte, son acceptation est indivisible : elle l'oblige sur tous ses biens personnels envers les créanciers du père, sous peine d'encourir la *missio in possessionem*, s'il refuse de se défendre ; dès lors, puisqu'il lui est impossible de soustraire son patrimoine en général aux poursuites des créanciers paternels, comment aurait-il la faculté d'en préserver les biens qui lui viennent du chef du fils impubère ? L'acceptation de la succession du pupille par le substitué a donc pour résultat de faire revivre, au profit des créanciers du père, un droit qui eût été, sans elle, irrévocablement perdu, « *quoniam neque pupilli bona venire debent propter æs alienum patris, neque in bonis patris est quod pupillus adquisi-t.* »

Théorie étrange, qui reconnaît plus de droits contre le substitué,

union¹. Il en est de même, pour cause d'intérêt public (*ornandi municipii causa*), des statues élevées en l'honneur du débiteur, lors même qu'elles sont sa propriété particulière².

Faut-il également retrancher de la *missio in possessionem* le fonds dotal ?

Les immeubles donnés en dot (*dos data*) appartiennent sans doute au mari³; mais, comme aux termes de la loi Julia de *Adulteriis*⁴ il n'a pas le droit, pour un motif d'ordre social, d'en disposer sans le consentement de sa femme⁵, on se demande comment ses créanciers pourront en provoquer la vente et se désintéresser

que contre le pupille dont l'abstention ne saurait anéantir la qualité d'héritier ! Julien la partage cependant, mais Marcellus et Ulpien la repoussent comme désavantageuse au pupille : « *quæ sententia..... impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem.* » (Ulpien, L. 42, Dig., de *Acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2.) Contraindre le substitué à endosser toutes les obligations du père, c'est en réalité vouloir l'empêcher de faire adition et encourager ainsi l'ouverture *ab intestat* de la succession du pupille. Bien plus, à supposer que le substitué soit le frère du testateur, il aura tout intérêt à ne pas faire adition : car il recueillera *ab intestato* l'hérédité du pupille, laissant de côté les charges qui pèsent sur la succession paternelle ; la manœuvre ne saurait être taxée de fraude de la part d'une personne « *qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur.* »

¹ Paul, L. 38, *præm.*, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

² Paul, L. 29, Dig., *eod. tit.* Décision, certes, bizarre, quand on songe que le héros de ces statues, dont la valeur échappait aux créanciers, encourait l'infamie par le fait de la *Bonorum Venditio*.

³ Contra, Cod. civ., art. 1549.

⁴ Gaius, II, §§ 62 et 63 ; Just., *Inst.*, II, 8, *præm.*

⁵ Paul, L. 2, Dig., de *Jur. dot.*, XXIII, 3 : « *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.* »

sur le prix. Le fonds dotal qui passerait, en vertu d'une ordonnance d'envoi, aux mains des créanciers, resterait toujours dotal, et comme tel inaliénable, aussi bien par le mari seul que par ses substitués : les *missi*, n'ayant, nous le verrons, qu'un droit d'administration, n'en pourraient même pas imputer les revenus sur leurs créances, ils devraient les affecter à l'entretien du ménage ; et, comme les relations qui existaient précédemment entre le débiteur et les tiers ne sont entachées d'aucune fraude, ils seraient tenus de les respecter. A ne considérer que les règles de la *missio in possessionem*, le fonds dotal semble donc échapper à la mainmise des créanciers, faute d'intérêt pratique à mettre en jeu.

Le raisonnement devient moins concluant, si l'on se reporte aux principes posés en matière de dot. La dotalité d'un immeuble ne constitue pas un obstacle absolu à sa transmission : ce que la loi Julia interdit au mari pendant le mariage, c'est uniquement l'aliénation volontaire ou à titre particulier¹. Sont donc permises, du chef du mari, les aliénations du fonds dotal qui ont une cause nécessaire (*ex causa necessaria*²). Sont de même autorisées les transmissions qui portent sur le patrimoine entier du mari (*per universitatem*) : par exemple, si le mari vient à mourir, tombe en escl-

¹ Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 782.

² L. 1, *præm.*, Dig., de *Fund. dot.*, XXIII, 5 ; C. 2, C., de *Fund. dot.*, V, 23 ; L. 78, § 4, Dig., de *Jur. dot.*, XXIII, 3. Ces lois n'émettent pas de règle formelle ; mais, comme elles permettent certaines aliénations du fonds dotal « *quia non sunt voluntariæ* », elles dissipent jusqu'au moindre doute.

vage *jure civili*, est condamné à la déportation ou se donne en adrogation, les immeubles dotaux passent à celui qui recueille l'universalité de ses droits¹. Or, la *Bonorum Venditio* renferme bien les éléments d'une aliénation forcée et d'une vente *per universitatem*² : à ce double titre, elle portera sur le fonds dotal et la *missio in possessionem* le comprendra également. Le tiers acquéreur deviendra propriétaire, mais seulement « *cum jure mariti*, » puisque le bénéficiaire d'une acquisition *per universitatem* est tenu des charges dont les biens étaient grevés entre les mains de son auteur : en conséquence, les immeubles dotaux demeureront inaliénables et les revenus en seront versés pour subvenir aux charges du mariage³.

Mais, dira-t-on, bien que le mariage ne soit pas dissous par la *Bonorum Venditio*, le mauvais état des affaires du mari donne ouverture aux droits de la femme. La dot devient exigible⁴.

C'est exact; néanmoins l'exigibilité née de la *Bonorum Venditio* n'empêchera pas plus le fonds dotal d'être transmis au tiers acquéreur, que l'exigibilité survenue par le décès, par l'esclavage ou par l'adrogation du

¹ Paul, L. 1, § 1 et L. 2, Dig., de *Fund. dot.*, XXIII, 3. Ou bien encore, si le mari contracte une société *totorum bonorum*, l'immeuble dotal devient commun, comme le reste de la dot (Paul, L. 65, § 16, *pro Soc.*, XVII, 2).

² Just., *Inst.*, tit. XII.

³ Paul, L. 1, § 1, *in fine*, Dig., de *Fund. dot.*, XXIII, 3 : « *Transit prædium.... cum suo tamen jure, ut alienari non possit.* »

⁴ Papinien, L. 21, Dig., de *Manumiss.*, XL, 1 ; C. 30, *in fine*, C., de *Jur. dot.*, V, 12.

mari, ne l'empêcherait de passer aux mains de son héritier, de son maître ou de l'adrogant.

L'inaliénabilité ne pèsera cependant sur le fonds dotal que jusqu'à ce que la femme ait exercé les droits qui lui compètent pour obtenir le remboursement de sa dot. A cet effet, la femme dispose d'une *actio utilis rei uxoriæ quasi divortio facto*; mais, tout au moins avant Justinien, elle n'a qu'une action personnelle privilégiée (*privilegium inter personales actiones*), qui ne lui permet pas de revendiquer le fonds dotal : l'objet de son action est de réclamer en argent le montant de sa dot, par préférence seulement aux créanciers chirographaires¹. L'immeuble dotal sera donc compris dans la *missio in possessionem* et vendu avec tout le patrimoine du débiteur : la femme recevra, tantôt le montant intégral de sa dot, tantôt un dividende dont elle devra se contenter, et, comme elle n'aura plus rien à réclamer, le versement qu'elle aura reçu effacera l'inaliénabilité du fonds dotal et le consolidera, désormais libre de toutes charges, entre les mains du tiers acquéreur.

C. — Nous arrivons enfin aux dérogations qui tiennent au caractère de l'action, par laquelle est demandé l'envoi.

L'action peut être personnelle ou réelle.

a. L'action est-elle *personnelle*? L'envoi est alors général; car on ne voit pas pourquoi l'envoi qui garantit un droit contre la personne même du débiteur, porterait sur tel bien, de préférence à tel autre.

¹ Demangeat, *De la condition du fonds dotal*, p. 402 et seq.

b. La solution ne change-t-elle pas dans l'hypothèse d'une action *réelle*?

1° Nous supposons en premier lieu le cas d'une *sentence*. Ainsi, une personne revendique sa chose, une sentence intervient en sa faveur, puis elle obtient la *missio in possessionem* : quelle en sera l'étendue ? Ici, comme dans l'hypothèse précédente, il ne peut y avoir de difficulté. Que l'action intentée soit *in rem* ou *in personam*, peu importe, puisque, sous le régime formulaire, toute action en justice aboutit à une condamnation pécuniaire, jamais à une restitution en nature ; comme il n'est point de raison pour que la *missio in possessionem* s'adresse à un objet spécialement déterminé, les créanciers mettront la main sur le patrimoine entier du débiteur.

2° Que décider maintenant, en l'absence de condamnation, au cas d'*indefensio* du débiteur ? L'envoi sera-t-il restreint à la chose en litige ? Puisque le droit invoqué par le demandeur vise un objet particulier, rien ne semble plus naturel, en effet, que de renfermer dans les mêmes bornes l'envoi en possession qui sert à le protéger.

De fait, nous rencontrons, à l'époque classique, deux cas d'envoi en possession réduit à l'objet litigieux. Le premier de ces cas a trait au possesseur qui refuse de garantir la restitution de la chose et des fruits, en fournissant la *cautio judicatum solvi*¹ ; le demandeur, au moyen de l'interdit *Quem fundum* ou *Quam hereditatem*²,

¹ Paul, *Sent.*, I, 14, § 4.

² Ulpien, *Instit.*, liv. I, Fragm. IV, § 1 (*ex Cod. Vindobonensi*).

se fait alors envoyer en possession de la chose réclamée et il se trouve désormais défendeur au procès. Le second suppose que le défendeur à l'action réelle déclare faussement, sur l'*interrogatio* qui lui est faite *in jure*, ne pas posséder; s'il en est ainsi, le revendiquant est envoyé en possession à sa place¹.

A vrai dire, en dehors de ces mises en possession tendant à intervertir le rôle des parties, il est certain que, dans le droit classique, la nature réelle de l'action n'influe en rien sur l'étendue de la *missio in possessionem*.

Plus tard, en est-il de même? Les jurisconsultes sont en désaccord sur ce point, comme le témoigne, dans l'hypothèse d'une *Rei vindicatio*, la loi 7, §§ 16 et 17, du titre : *Quibus ex causis in possessionem eatur*.

Dans ce texte, Ulpien suppose le cas d'un demandeur qui veut intenter une action *in rem* contre un défendeur qui se cache; il se demande alors, si l'on doit accorder la *missio in possessionem* sur l'universalité des biens du *latitans*, et autoriser ensuite la vente en masse.

Neratius, dont l'avis est suivi par Ulpien, opinait pour la vente en masse, et sa décision avait été confirmée par un rescrit d'Adrien².

Celsus pensait, au contraire, qu'il était préférable de restreindre la *missio in possessionem* à la chose revendiquée³.

¹ Paul, L. 20, § 1, Dig., de *Interrog.*, XI, 1; Adde, L. 80, Dig., de *Rei vindic.*, VI, 1.

² Ulpien, L. 7, § 16, Dig., *Quib. ex caus.*, XLII, 4.

³ L. 7, § 17, *eod. tit.*

Ulpien, voulant concilier les deux doctrines, fait remarquer que Neratius visait le cas spécial d'une *latitatio*, tandis que Celsus appréciait un cas d'absence proprement dit¹. Et en effet, si l'envoi est déclaré général en matière de *latitatio*, c'est qu'il constitue une mesure d'exécution tendant à accélérer la vente en masse, laquelle embrasse tout le patrimoine du débiteur; au contraire, lorsque le possesseur est absent, sans qu'il y ait fraude de sa part, l'envoi revêt un caractère surtout conservatoire, qui n'empêche aucunement de limiter son étendue à l'objet litigieux.

Supposons maintenant que la chose réclamée soit une hérédité². L'envoi en possession, né de la *petitio hereditatis*, est restreint, y eût-il *latitatio* du possesseur, aux biens que celui-ci possède *pro herede, vel pro possessore*. Comme on le voit, la doctrine de Celsus, confirmée par un rescrit d'Antonin le Pieux et approuvée, semble-t-il, par Ulpien, triompha sans peine, peut-être parce que l'hérédité forme une masse, dont la nature se concilie aisément avec le caractère de la *Bonorum Venditio*. Cependant, si le possesseur cessait par dol de posséder les biens héréditaires, les demandeurs recevraient l'autorisation de mettre la main sur ses biens personnels.

Enfin, en matière de *servitudes*, tandis que Julien, qui vivait sous Adrien, décide que le demandeur en vertu d'une *action confessoire*, sera envoyé en possession du patrimoine entier de son adversaire *indefensus*³, Scœ-

¹ L. 7, § 17, *in fine, eod. tit.*

² Ulpien, L. 7, §§ 18 et 19, *eod. tit.*

³ Julien, L. 48, Dig., *Si servit. vindic.*, VIII, 5 : « Respondi, oportere prætorem, causa cognita, jubere bona adversarii possideri. »

vola, qui existait un peu plus tard, sous Marc-Aurèle, pose en principe que le demandeur en vertu d'une *action négatoire* contre un possesseur qui ne se défend pas, sera envoyé en possession du fonds seulement qui a donné lieu au procès¹.

De notre étude se dégage nettement la tendance des jurisconsultes à circonscrire, *en cas d'action in rem*, l'étendue de l'envoi en possession ; cette tendance s'accroîtra de plus en plus, et les envois partiels, que nous venons de constater, finiront par prévaloir après l'abolition de l'*ordo judiciorum*, lors même que le droit réel du demandeur aurait été transformé par un jugement en un droit de créance.

§ 4. — De la publicité et de la durée de l'envoi en possession.

La *missio in possessionem* constitue une procédure assez grave pour être portée à la connaissance des divers intéressés ; la publicité qu'elle provoque porte le nom de : « *Bonorum proscriptio*. »

Les créanciers faisaient placarder, dans les endroits les plus fréquentés de la ville, des affiches² dont les termes mêmes nous ont été conservés par Théophile :

¹ Scævola, L. 45, Dig., de *Damn. inf.*, XXXIX, 2 : « *Ad me possessio transferenda est.* »

² Ces affiches étaient dénommées : *libellus* (Cic., *pro Quint.*, VI, XIX, XX. Sénèque, *de Benef.*, IV, 12) ; *titulus* (Pline, *Epist.*, VII, 27) ; *tabula* (Cic., *ad Quint. frat.*, II, 6) ; *album* (*Tab. Heracl.*, V, 15, 18) V^o Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. IV, p. 39.

« *Ille debitor noster in ea causa est, ut bona ejus divendi debeant. Nos creditores patrimonium ejus distrahimus* (διαπιπρασκομεν). *Quicumque emere velit, adesto* ¹. » L'affiche, peinte en lettres rouges ou noires, grandes ² et très lisibles ³, sur des parois de murailles blanchies ou recouvertes d'un enduit de stuc blanc (*album*) ⁴, portait en tête l'inscription : « *Biens de Porsenna à vendre* ⁵; » peut-être en souvenir de la vente du précieux butin qu'avait été contraint d'abandonner Porsenna, chassé de Rome à la suite d'un soulèvement populaire ⁶.

La *Bonorum proscriptio* a manifestement pour but de révéler le dessaisissement du débiteur. Est-ce là sa seule utilité ? Nous ne le croyons pas ⁷. La *proscriptio* est sans

¹ Théophile, *Paraphrasis, ad pr. de Success. subl.*, III, 12. Les créanciers, parlant dans cette proclamation à la première personne du pluriel, sont à juste titre considérés comme auteurs de la *proscriptio*. Quant au mot : « *distrahimus* », le jurisconsulte l'emploie, parce que la *distractio* avait de son temps remplacé la *venditio*.

² Cic. : « *Longis litteris* »; Plaut., *Rud.*, V, 2, 7.

³ Ulpien, L. 11, § 3, Dig., *de Instit. act.*, XIV, 3 : « *PROSCRIBERE PALAM sic accipimus, claris literis, unde de plano recte legi possit,.... non in loco remoto, sed in evidenti.* »

⁴ Mazois : *Ruines de Pompéi*, t. III, p. 11; Daremberg et Saglio, *Dict. des Antiq. grec. et rom.*, au mot : *Album*

⁵ Denys d'Halic., V, 34; Tite-Live, liv. II, 14.

⁶ Niebuhr, trad. de Golbéry, t. II, p. 341. La version de Tite-Live (*loc. cit.*) paraît moins vraisemblable; d'après lui, Porsenna, émerveillé de la grandeur du peuple romain, aurait volontairement laissé, après la levée du siège de Rome, de nombreux objets qui furent mis à l'encan. Quoi qu'il en soit, le but direct de cette étrange formule est d'allécher le public par l'appât d'occasions aussi favorables qu'en présentait autrefois la vente des richesses du roi Porsenna.

⁷ Contra Giraud, *op. cit.*, pp. 144 et 145.

doute dans une connexité très intime avec la *missio in possessionem* ; cela résulte des textes de Cicéron¹ et de Gaius², comme aussi d'un passage de la *Lex Julia municipalis*, qui offre un exemple de *proscriptio* ordonnée à la suite d'envoi en possession purement conservatoire³. A ce titre, on peut dire avec raison que la *proscriptio* est une publication « ayant pour objet de faire connaître la saisie opérée, afin que les débiteurs du débiteur ou les détenteurs de quelques parties de la fortune de ce dernier ne puissent payer au préjudice des créanciers saisissants⁴. » Mais, pour apparaître comme une saisie-arrêt générale dans une période où il n'est encore question que de l'envoi, la *Bonorum proscriptio* n'en est pas moins également une sorte de mise en vente : les termes dans lesquels nous est rapportée sa formule réfutent d'eux-mêmes l'opinion contraire ; en conséquence, elle répond, selon nous, à un triple but : avertir les tiers du dessaisissement du débiteur, prévenir les créanciers restés étrangers aux poursuites et susciter des acquéreurs⁵.

¹ Cic., *pro Quint.*, VI, XV, XIX à XXIII.

² Gaius, III, 79 : « *Jubet ea (bona) Prætor..... possideri, et proscribi.* »

³ *Tab. Heracle.*, lin. 115-117, d'après laquelle est exclu des fonctions municipales celui « *cujus bona..., PRÆTERQUAM SI CUJUS, QUUM PUPILLUS ESSET, REIVE PUBLICÆ CAUSA ABESSET, neque dolo malo fecit fecerit, quo magis reipublicæ causa abesset, POSSESSA PROSCRIPTAVE sunt, erunt.* »

⁴ Giraud, *op. cit.*, p. 145.

⁵ Sic Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 174 ; Tambour, *op. cit.*, p. 212. La publicité exigée en matière de *missio in possessionem* est frappante d'analogie avec celle que reçoit, dans notre législation, le jugement déclaratif de liquidation judiciaire ou de faillite (art. 442, C. de comm., et art. 4, al. 3, loi du 4 mars 1889).

Cette détermination du but de la *Bonorum proscriptio* nous permet d'avancer que l'ordonnance du magistrat qui accorde l'envoi contient en même temps l'autorisation de poser les affiches¹. Théophile place, il est vrai, les mesures de publicité après la nomination du syndic chargé de procéder à la vente (*magister bonorum vendendorum*), par conséquent à l'expiration des délais d'envoi². Mais le texte formel de Gaius et la plaidoirie de Cicéron indiquent assez que *l'affiche précédait la nomination du syndic*³. Il est possible que, après la désignation du syndic, de nouvelles affiches soient placardées, pour annoncer la vente et rendre publique une nomination qui intéresse les gens désireux de se porter acquéreurs. Néanmoins une première *proscriptio* nous paraît nécessaire au début de la *missio*, tant pour aviser les tiers du dessaisissement du débiteur, que pour prévenir les créanciers qui, n'ayant pas eu connaissance des poursuites, voudraient s'y associer : autrement, il serait injuste de rescinder, au moyen de l'action Paulienne, le paiement qu'aurait reçu un créancier ou l'achat qu'aurait fait une personne postérieurement à l'envoi, comme

¹ Sic Stieber, *op. cit.*, *Lex*, § XIX, p. 58; Zimmern, *op. cit.*, § LXXIX, p. 250, trad. d'Étienne, p. 245; Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 174.

² Théophile, *loc. cit.*

³ Gaius, *loc. cit.* : « *Jubet ea Prætor... possideri, et PROSCRIBI...; POSTEA jubet convenire creditores, et ex eo numero MAGISTRUM CREARI.* » Cic., *pro Quint.*, XV : « *Ergo hercule, cujus bona ex edicto possidentur... : de quo LIBELLI in celeberrimis locis proponuntur... ; cui MAGISTRI fiunt, et domini constituuntur, qui, qua lege et qua conditione pereat, pronuntient...* » Nævius fit en effet poser des affiches aussitôt après l'ordonnance d'envoi et avant la première réunion des créanciers.

il serait inique, de la part de la majorité des interprètes, de déclarer forclos les créanciers retardataires; mieux encore que tous les raisonnements, le passage de la *Lex Julia municipalis* relatif à la publicité d'un envoi purement conservatoire confirme notre thèse. Qu'on n'essaie donc pas de concilier les textes de Gaius et de Théophile, en disant que, après les délais de la *missio in possessionem*, l'ordre à suivre pour l'apposition des affiches et la nomination du syndic se trouve probablement indifférent¹; car la *proscriptio*, tout en étant une mise en vente, est aussi un complément de l'envoi en possession. La conciliation la plus juridique n'est point celle qui ne voit, pour publier l'envoi, aucune époque rigoureusement prescrite², mais bien plutôt celle qui admet la pluralité de *proscriptiones*, ayant lieu, la première aussitôt après l'ordonnance d'envoi, et la seconde après la nomination du syndic³.

Quoi qu'il en soit, avant de solliciter du magistrat l'autorisation de procéder à la vente, les créanciers sont en demeure de laisser écouler un laps de temps fixé à trente jours ou à quinze seulement, selon que le débiteur est vivant ou décédé⁴. L'inégale durée de l'envoi dans les deux cas ne manque pas de raison d'être. Lorsque les créanciers ont obtenu le droit d'entrer en pos-

¹ Contra Tambour, *op. cit.*, p. 212 et Vainberg, *op. cit.*, p. 278, d'après lesquels Gaius fait suivre la *proscriptio* à l'expiration du premier délai : « *Jubet ea Prætor PER DIES CONTINUOS XXX POSSIDERI, ET PROSCRIBI.* »

² Contra Demangeat, *op. cit.*, t. II, p. 157.

³ Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 174, note 2.

⁴ Gaius, *loc. cit.*; Adde Cic., *pro Quint.*, VIII, XXVI.

session d'une hérédité et que personne ne se présente pour s'y opposer, l'hérédité est généralement insolvable ; dès lors, s'il n'y a plus lieu d'espérer qu'elle soit acceptée, pourquoi voudrait-on en différer la vente ? Quand au contraire le débiteur existe, l'intérêt des créanciers n'est plus seul en jeu ; aussi la loi, soucieuse de la réputation et de la fortune des vivants, fixe-t-elle un sursis, le plus long possible, qui leur procure les moyens d'éviter la honte et les autres conséquences de la *Bonorum venditio* ¹.

Dans le calcul de la durée de l'envoi, tous les jours, fastes ou néfastes, entrent en ligne de compte sans distinction ². Mais, en dépit de la détermination établie par la loi, il est vraisemblable que ces délais ne constituent point un maximum obligatoire, qu'ils reçoivent, au contraire, en vertu du pouvoir discrétionnaire du magistrat, une prolongation réglée suivant les circonstances au mieux des intérêts des créanciers. En effet, le Digeste ne mentionne aucun délai ; Théophile ne donne pas de délai précis ³, sans doute parce que la durée légale n'est pas rigoureusement observée ; il semble naturel enfin que le magistrat, toujours maître de refuser *causa cognita* LA VENTE des biens, puisse *a fortiori* proroger le temps qui la sépare de l'envoi ⁴. Cependant ce serait dénaturer le caractère d'aliénation forcée inhé-

¹ Gaius, *loc. cit.*, *in fine*. — Sic Accarias, t. II, p. 175, note 2.

² Gaius, *loc. cit.* : « . . . per dies CONTINUOS XXX possideri. »

³ Théophile, *loc. cit.* : « ... erantque (bona) in eorum possessione per certos dies. » (Édit. Otto Reitz, p. 620.)¹

⁴ Sic Tambour, *op. cit.*, p. 241 ; Keller, *op. cit.*, § LXXXV, trad. de Capmas, p. 408, note 1058.

rent à la *Bonorum venditio*, que de reconnaître aux créanciers la liberté d'ajourner indéfiniment la vente, par simple désir de spéculer sur les biens ¹.

Que le débiteur soit vivant ou qu'il soit décédé, le point de départ des délais est toujours fixe : c'est le jour où la *missio in possessionem* a été concédée ². La durée de l'envoi ne se compte donc pas à partir de l'époque où les créanciers ont pris effectivement possession du patrimoine : sans quoi, la vente pourrait être sans cesse ajournée par le fait du débiteur ou d'un tiers venant s'opposer à l'entrée en possession matérielle des créanciers. De même le délai d'envoi en possession d'une hérédité a pour point de départ, non pas la mort du *de cujus*, mais le moment de la concession de l'envoi ; d'où le résultat suivant : comme l'ordonnance du magistrat est subordonnée à l'une ou l'autre preuve qu'il n'existe pas d'héritier, qu'il n'y aura peut-être pas d'héritier ou que l'héritier suspect refuse de fournir caution, comme par conséquent la trêve de quinze jours commence à courir après ces divers délais, c'est-à-dire à dater d'une époque assez lointaine du décès, la vente d'une succession se produit, contrairement aux vues de la loi, dans un temps plus reculé que celle du patrimoine d'un débiteur encore existant.

La durée assignée à la *missio in possessionem* profite aux créanciers, en ce sens que la vente, préparée à l'avance, peut réaliser un prix s'élevant à la juste valeur des biens ; mais cette trêve d'équité leur est imposée

¹ Contra Dernburg, *op. cit.*, p. 123.

² Vainberg, *op. cit.*, p. 277.

surtout dans l'intérêt du débiteur ou de ses héritiers. Ainsi, vis-à-vis d'un *indefensus*, le délai a pour but de permettre à lui ou à d'autres en son nom de venir répondre au procès ; au cas d'hérédité, il sert à proroger le temps accordé aux successibles pour se présenter, ou à l'héritier suspect pour fournir caution ; enfin, dans l'hypothèse d'une sentence, d'une *confessio in jure* ou d'une cession de biens, il constitue un répit pendant lequel le débiteur, averti de l'envoi, peut se mettre en mesure de satisfaire ses créanciers.

SECTION IV

DES EFFETS DE L'ENVOI EN POSSESSION

Les effets de la *missio* concernent à la fois le débiteur et les créanciers ; nous les envisagerons successivement à ces deux points de vue.

§ 1^{er}. — Effets de l'envoi en possession « à l'égard du débiteur. »

La *missio* entraîne le dessaisissement et affecte la considération du débiteur.

A. — Dessaisissement du débiteur.

A la vérité, le dessaisissement que subit le débiteur n'est qu'incomplet. Ce n'est pas en effet la propriété de

son patrimoine qui lui est retirée, c'est l'administration, et par conséquent le droit d'agir et d'être actionné en justice¹; c'est encore la jouissance de ce patrimoine, à l'exception pourtant du pupille *indefensus* et, par analogie, des autres incapables non défendus qui conservent sur les biens saisis une créance alimentaire². En un mot, le débiteur garde son titre de propriétaire, mais il perd toutes les prérogatives qui y sont attachées.

B. — *Amoindrissement de la considération du débiteur.*

La *missio* ne dessaisit pas seulement le débiteur, elle porte encore une grave atteinte à son *existimatio*. La preuve de ce déshonneur découle de l'action d'injures, par laquelle on peut poursuivre l'auteur d'un envoi indûment réclamé. De plus, n'est-ce pas la déduction qui ressort des expressions employées par Cicéron pour faire annuler l'envoi en possession des biens de Quin-

¹ Ulpien, L. 17, *præm.*, Dig., de *Recept.*, IV, 8.

² Ulpien, L. 33, *præm.*, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5, et Paul, *Sent.*, V, 5, B, § 1; Arg., L. 7, §§ 10 et 12, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4. Notre législation plus généreuse accorde des secours alimentaires à tous les faillis et liquidés sans distinction (art. 474 et 530 C. comm., et 24 Loi du 4 mars 1889); mais, comme en droit romain, la déclaration de faillite dessaisit le débiteur de l'administration et de la jouissance de ses biens (art. 443 C. de comm.), et elle ne lui permet ni d'agir ni d'être actionné (art. 443, 534, 571 et par *a contrario* des art. 527, al. 2, 539 et 450 C. comm.). Quant au liquidé, s'il ne peut plus être l'objet de poursuites individuelles (Loi du 4 avril 1890), il n'est dessaisi que partiellement (art. 5, *in fine*, Loi du 4 mars 1889).

tius? L'avocat défend la réputation (*fama*)¹ et, en quelque sorte, la vie (*causa capitis*) de son client². Nous n'irons pas cependant jusqu'à rendre infâme le débiteur³; mais, laissant de côté l'exagération voulue de l'orateur, nous reconnaitrons que, par suite de la présomption d'insolvabilité qui pèse sur lui, une certaine déconsidération couvre sa personne.

De là dérive la création d'une double déchéance : l'envoi entraîne l'exclusion des fonctions municipales, à moins qu'il ne frappe les biens d'un pupille *indefensus*⁴, ou ceux d'un absent en congé régulier pour un service public⁵; en outre, il rend suspect le débiteur, qui dorénavant, pour venir défendre à une action même personnelle, devra fournir la caution *judicatum solvi*⁶.

¹ Cic., *pro Quint.*, XV : « *Cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama et existimatio cum bonis simul possidetur.* »

² Cic., *pro Quint.*, VIII, IX, XIII, XIV et XV.

³ Ortolan, *op. cit.*, III, pp. 119 et 120. Contra Giraud, *op. cit.*, p. 145, d'après la *Tabula Heracl.*, lin. 115-117 (*supra*, p. 174, note 3), Gaius, IV, 102 et Tertullien, *Apologet.*, IV : « *In pudoris notam capitis pœna conversa est, bonorum adhibita proscriptione* », lesquels admettent les effets infamants de la *Bonorum Venditio*, dès que « *bona possessa proscripta sunt.* »

⁴ Ou de tout autre incapable, par identité de motifs (Tambour, *op. cit.*, p. 181).

⁵ *Tab. Heracl.*, lin., 115-117 (*Supra*, p. 174, note 3).

⁶ Gaius, IV, 102. Il est vraisemblable que, par analogie de motifs avec le cas précédent, les incapables *indefensi* et les absents pour le service de l'État étaient dispensés de donner caution (Tambour, p. 181).

§ 2. — Effets de l'envoi en possession « vis-à-vis
des créanciers. »

L'ordonnance d'envoi confère aux créanciers, outre le droit de poursuivre la vente, un triple droit de *détention*, de *gage* et d'*administration*.

A. — Droit de *Détention*.

La *missio in possessionem* n'est jamais, comme l'indique son nom : « *rei servandæ causa* », qu'une mesure conservatoire ou le préliminaire d'une voie d'exécution. C'est pourquoi les envoyés en possession n'acquièrent sur le patrimoine de leur débiteur ni droit de propriété ¹, ni possession civile susceptible de conduire à l'usucapion ², ni possession prétorienne *ad interdicta* ³; ils reçoivent

¹ C. 6 de Diocl. et Max., C., de Bon. auth. jud., VII, 72 : « *Pro debito creditores addici sibi bona sin debitoris non jure postulant.* »

² C. 8 de Diocl. et Max., C., eod. tit.; adde C. 4 de Diocl. et Max., C., Qui bon. ced. poss., VII, 71, laquelle, pour le cas de cession de biens, déclare impossible la *præscriptio longi temporis*. Thibaut (*Vom Besitz*, p. 13) prétend rencontrer une exception dans le cas d'absence frauduleuse (L. 7, § 1, Quib. ex caus. in poss., XLII, 4), mais l'expression « *bona possidere* » n'implique pas plus ici que pour toute autre *missio* des créanciers une possession juridique.

³ Ulpien, L. 3, § 8, Dig., Uti possidetis, XLIII, 17. Le *missus*, en cas de trouble ou de dépossession, n'exercerait les interdits possessoriaux qu'après une cession de la part du possesseur (Ulpien, L. 4, § 1, in medio cbn. avec l'*initium*, Dig., de Superf., XLIII, 48).

une pure détention de fait, exercée au nom du vrai possesseur et accompagnée d'un droit de garde et de surveillance (*custodia et observatio*) pour prévenir les détournements et autres abus ¹ : « *Sunt in possessione, tenent, sed non possident* ². » La possession reste *custodiæ causa* jusqu'à la vente; durant cet intervalle l'action *ad exhibendum* et la revendication sont admises contre les envoyés en possession, comme étant données aussi bien contre les possesseurs véritables que contre les simples détenteurs ³.

Les créanciers ont la faculté de se mettre eux-mêmes en possession effective du patrimoine qu'ils détiennent, afin d'en maintenir l'intégrité; cependant, comme la détention dont ils jouissent ne leur est accordée que *custodiæ causa*, ils ne peuvent pas expulser le débiteur de son habitation ou de son champ, ni déplacer sans nécessité les objets qui lui appartiennent ⁴.

¹ Paul, L. 3, § 23, Dig., de *Adquir., vel amitt. poss.*, XLI, 2 : « ...qui creditorem rei servandæ causa..... militat in possessionem..., non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit. »

² Savigny, *Traité de la Possession en droit romain*; trad. de Staedtler sur la septième édition originale augmentée d'un appendice sur l'état actuel de la doctrine par Rudorff, p. 70, 3^e édition, 1879. (Ulpian, L. 9, in fine, Dig., de *Rei vindic.*, VI, 1.)

³ Ulpian, L. 5, §§ 1 et 6; L. 7, §§ 1 et 2, Dig., ad *Exhibendum*, X, 4; L. 9, Dig., de *Rei vindic.*, VI, 1 : « *Puto autem, ab omnibus, qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse* »; C. 2 de Constantin, C., *Ubi in rem act.*, III, 19. Sic : Accarias, *op. cit.*, t. II, pp. 973, 975 et 976; Machelard, *Textes sur la possession*, p. 14; Savigny, *Traité de la possession*, trad. de Staedtler, pp. 13, 70-71, 77-78, et Appendice par Rudorff, § 7, n^o 28, pp. 595-596.

⁴ L'Édit, rapporté par Cicéron (*pro Quint.*, XXVII), est formel : « *Qui ex edicto meo in possessionem venerint..... eos ita videtur in*

Que décider si l'entrée en possession est fermée aux créanciers par suite d'obstacles matériels ou moraux ?

L'appréhension matérielle devient impossible, quand le patrimoine ne comprend que des valeurs incorporelles (*jura*) ; de même, lorsque le fonds de terre appartenant au débiteur se trouve momentanément inondé, occupé par les brigands ou rempli d'odeurs marécageuses et pestilentielles : dans tous ces cas, l'ordonnance d'envoi équivaut pour les créanciers à une possession effective, et la vente n'en suit pas moins son cours régulier dans les délais ordinaires ¹.

L'impossibilité morale d'exécution résulte, soit de la contestation (*controversia*) que soulève la prise de possession, soit de la mauvaise volonté du débiteur ou d'un tiers : dans cette double hypothèse, la possession empêchée compte encore comme possession réelle. Sur le premier point, la loi est explicite ² : dès lors, si les créanciers n'ont pas à réaliser effectivement une mainmise qui donne matière à simple débat, à plus forte

possessione esse oportere : quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant ; quod non poterunt, id auferre et abducere licebit. Dominum invitum detrudere non placet. » Les créanciers avaient ainsi une sorte de copossession avec le débiteur.

¹ Javolenus, L. 8, Dig., *Quod cujusc. univ.*, III, 4 ; Paul, L. 12, § 2 et Gaius, L. 13, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5. Ainsi donc, n'y eût-il que des droits, la vente est toujours possible, sauf l'hypothèse où le débiteur est une cité (*supra*, p. 162, note 2). — De même en France, lorsqu'il n'y a rien à saisir chez le débiteur, le procès-verbal de carence supplée au procès-verbal de saisie et produit les mêmes effets.

² Gaius, L. 13, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

raison en sont-ils dispensés lorsqu'un obstacle absolu provient d'une volonté étrangère ; du reste, que l'impossibilité matérielle résulte d'une cause purement accidentelle, comme d'une inondation, ou qu'elle émane d'une volonté qui se propose d'enrayer les poursuites des intéressés, dans l'un et l'autre cas il y a force majeure et par conséquent nulle raison de distinguer.

Bien que le terme de : « POSSESSION » éveille l'idée d'une détention physique, nous dirons donc que, *pour arriver à la vente*, « le créancier envoyé en possession n'était pas obligé de se mettre en contact avec tous les objets appartenant à son débiteur ; il suffisait qu'il se constituât *gardien* de l'ensemble du patrimoine, et qu'il le détint comme une *universitas* dont on n'est pas obligé de saisir toutes les individualités¹. »

La distinction entre l'obstacle dû au hasard et l'empêchement provenant d'un fait raisonné du débiteur ou d'un tiers importe cependant au point de vue de la possibilité d'une répression. Nous avons en effet d'un côté un cas fortuit que le plus simple est de subir ; de l'autre, au contraire, une force personnelle que les créanciers ont intérêt à maîtriser, parce que la *missio* constitue, non seulement un avertissement donné au débiteur ou à son héritier, mais encore une sûreté dont l'efficacité *pleine et entière* est subordonnée, nous le verrons, à une possession effectivement réalisée ; c'est pourquoi nous rencontrons, en faveur des créanciers, deux moyens de triompher des obstacles qui leur sont opposés par le débiteur ou par les tiers : un interdit spé-

¹ De Caqueray, *op. cit.*, p. 135.

cial appelé : « *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* ¹ » et la *manus militaris* ².

L'interdit prohibitoire est accordé par le préteur aux créanciers, et plus généralement à tous les envoyés en possession, contre quiconque, débiteur ou tiers, entrave de mauvaise foi leur droit de détention : « *Si quis dolo malo fecerit, quominus quis permissu meo, ejusve, cujus ea jurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum judicium quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo* ³. » Bien entendu, cet interdit n'est pas possessoire, puisque la *missio* ne confère pas de possession juridique ; mais, s'il diffère des interdicts possessoires, il est à tout le moins pour le *missus* aussi avantageux.

L'interdit, d'après sa rubrique « *ne vis fiat.....* », semble exiger le fait de la violence : le texte même de l'Edit indique que le simple dol suffit ⁴. C'est assez qu'il y ait agissements dolosifs tendant à empêcher l'envoyé d'entrer ou de rester en possession, car l'interdit est donné « *tam obtinendæ quam recuperandæ possessionis causa* ⁵ » ; peu importe que l'obstacle ait été dirigé contre

¹ Ulpien, L. 1 et Paul, L. 2, Dig., *Ne vis fiat ei*, XLIII, 4.

² Ulpien, L. 3, *præm.*, Dig., *eod. tit.* Ce texte, relatif à l'envoi en possession *legatorum servandorum causa*, doit être en effet généralisé.

³ Ulpien, L. 4, *præm.*, Dig., *eod. tit.* Si le débiteur possède des biens dans plusieurs ressorts de juridiction, le magistrat du lieu de la situation pourra seul donner pour chaque bien l'interdit *Ne vis fiat.....* (Sic Gavouyère, professeur à la Faculté libre de Droit d'Angers, à son cours).

⁴ Adde Ulpien, L. 1, § 3, Dig., *eod. tit.* : « *Nec exigitur, ut vi fecerit, qui prohibuit.* »

⁵ Ulpien, L. 1, § 3, Dig., *eod. tit.*

le créancier ou contre son représentant, et qu'il procède du défendeur lui-même ou d'un tiers en son nom¹. Mais, pour être suffisant, le dol n'en est pas moins indispensable. Ainsi, l'interdit ne reçoit pas d'application au cas où l'opposant était convaincu que la chose lui appartenait, ou lui était engagée, ou tout au moins ne dépendait pas des biens du débiteur²; de même, il est refusé contre le *furiosus* « *quia affectu caret* », et contre le pupille *infans vel infantie proximus* « *quia doli capax non est.* » Au contraire, si le pupille dont les biens sont frappés d'envoi se trouve *pubertati proximus* et que son tuteur ait empêché par dol les créanciers de posséder, c'est contre le pupille qu'on agira, si toutefois le tuteur est solvable; on pourrait encore actionner le tuteur lui-même³.

La violation de l'interdit donne lieu en faveur du *missus* à une action *in factum*, qui revêt un caractère pénal. Par conséquent, cette action est annale : après l'année elle se trouve limitée au profit du défendeur, mais elle devient perpétuelle; en second lieu, elle meurt avec la personne du défendeur et elle ne subsiste contre ses héritiers que « *quatenus ex dolo ad eos pervenit* »; enfin le montant de la condamnation peut être supérieur au bénéfice réalisé par le défendeur. L'action *in factum* n'est cependant pas purement pénale⁴ : elle rentre dans

¹ Paul, L. 2, *præm.* et §1, Dig., *eod. tit.* Par exemple, si le trouble a été apporté par un fils de famille ou par un esclave sur l'ordre du père ou du maître, c'est contre ces derniers que l'interdit est accordé (Ulpien, L. 1, § 7, Dig., *ead. tit.*).

² Ulpien, L. 1, § 4, Dig., *eod. tit.*

³ Ulpien, L. 1, § 6, Dig., *eod. tit.*

⁴ Sic Ant. Favre, livre IV, ch. XIX, de ses *Conjectures*. Contra Cujas, *Observat.*, XII, ch. XXIII.

la catégorie des actions qui tendent à indemniser le demandeur et qui constituent une peine « *a parte rei tantum* » ; la preuve de ce caractère persécutoire vis-à-vis du demandeur ressort des textes mêmes :

1° Le montant de la condamnation qu'entraîne l'action *in factum*, est, aux termes de l'Édit, « *id quanti interest* », c'est-à-dire la représentation de l'intérêt qu'avait le créancier à l'envoi en possession. La condamnation pourra donc être inférieure à la valeur des biens possédés, mais elle ne devra en aucun cas la dépasser. D'autre part, Ulpien, commentant les expressions du préteur, a raison de conclure que celui-là ne pourrait rien obtenir par l'interdit, qui aurait été envoyé en possession sans être réellement créancier ou bien en dépôt d'une exception susceptible de paralyser sa demande ; car, en l'absence de préjudice, pas de condamnation¹.

2° Le débiteur sera libéré jusqu'à concurrence de ce que le créancier aura ainsi obtenu². D'où il résulte que le créancier, dont la possession a été empêchée ou troublée par un tiers, ne pourrait pas d'abord obtenir « *id quanti interest* » en vertu de l'interdit, puis poursuivre contre le débiteur le paiement de sa créance par

¹ Ulpien, L. 1, § 5, Dig., *eod. tit.*

² Paul, L. 51, § 1, Dig., *de Re judic.*, XLII, 1 : « *Si quis creditorem missum in possessionem, rei servandæ causa, non admiserit, si venditor præstiterit creditori, quanti ejus interfuerit : quæsitum est, an debitor liberetur ?...* » Pour rendre ce texte compréhensible, nous préférons avec Ant. Favre, aux nombreuses corrections ou substitutions proposées par les commentateurs, la suppression pure et simple du mot embarrassant : *venditor*. (Cf. Tambour, *op. cit.*, p. 174, note 1.)

la *missio in possessionem* : ce sont là deux ressources distinctes qu'il ne peut pas cumuler, sans quoi il toucherait indirectement au delà du montant de sa créance¹. Cette décision n'est pourtant pas absolue : comme l'intérêt du *missus*, et, par là même, le chiffre de la condamnation se trouvent forcément limités à la valeur des biens saisis, rien n'empêche le créancier qui n'a pas reçu un entier dédommagement au moyen de l'interdit, de recourir à son action primitive contre le débiteur et d'agir en paiement de ce qui lui reste dû, c'est-à-dire de l'excédent de sa créance sur la valeur des biens² : on ne comprendrait pas en effet que le créancier muni d'un gage forcé, fût plus maltraité que le créancier gagiste conventionnel qui, lui, bien certainement demeure créancier de l'excédent de sa créance sur la valeur du gage.

3° Les ayants cause, de même que les héritiers de l'envoyé en possession, jouissent du droit d'intenter l'action *in factum*.

La *manus militaris*, au moyen de laquelle le magistrat veille à l'exécution forcée de ses ordonnances, constitue la seconde voie offerte aux créanciers, pour obtenir ou pour conserver la possession du patrimoine de leur débiteur. C'est le parti le plus expéditif : c'est même le seul qui paraisse véritablement efficace, lorsque l'opposition

¹ Paul, L. 51, § 1, Dig., eod. tit. : « *Et puto improbum esse eum, qui velit iterum consequi, quod accepit.* » Sic Ant. Favre (*loc. cit.*). Contra Cujas (*loc. cit.*) sous prétexte que l'action *in factum* est pénale, et que l'exercice d'une action pénale n'empêche pas de recourir à une action *rei persecutoria*.

² Tambour, *op. cit.*, p. 174.

provient, non d'un tiers, mais du débiteur. A quoi bon en effet chercher dans une condamnation le bénéfice d'une créance nouvelle contre une personne déjà insolvable, ou tout au moins obstinée à ne vouloir pas payer ? en pareil cas, mieux vaut briser *manu militari* sa résistance. Au contraire, vis-à-vis d'un tiers, surtout s'il est solvable, le plus avantageux est de recourir à l'interdit, qui peut aboutir au remboursement d'une somme équivalente à la créance.

B. — Droit de gage.

La *missio* crée au profit de la masse des créanciers un droit de gage appelé : « *pignus prætorium* ¹. » En conséquence, le droit de gage se produit aussi bien à la suite d'une sentence ou d'une *confessio in jure*, qu'en raison d'un défaut ou d'une insuffisance de représentation ², et

¹ Ulpien, L. 26 *præm.*, Dig., de *Pignorat. act.*, XIII, 7; adde Marcien, L. 35, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5. Il est un autre *pignus*, institué par le préteur et régularisé principalement par l'empereur Antonin, c'est le *pignus in causa judicati captum* : les textes le rapprochent du gage conventionnel (C. 4, C., *Si in caus. jud.*, VIII, 23); celui qui en est bénéficiaire et le créancier gagiste ordinaire jouissent des mêmes droits.

² Au contraire, le *pignus in causa judicati* suppose toujours une condamnation ou un aveu *in jure* (L. 31, de *Re judic.*, Dig., XLII, 1); et, malgré cela, il est encore sans application au cas de cession de biens, comme constituant un moyen de triompher du mauvais vouloir d'un débiteur plutôt récalcitrant qu'insolvable. (*Supra*, p. 92, note 1, *in fine.*)

il s'étend à tous les biens dont le débiteur est déposé, voire même à ses biens incorporels¹.

Toutefois, à la différence du droit de vendre qui peut naître par l'effet seul de l'ordonnance du magistrat², le *pignus prætorium* se constitue *re*, c'est-à-dire que son existence est subordonnée à une prise effective de possession³ : de là ressort l'intérêt majeur qu'ont les créanciers à posséder matériellement. Les envoyés ne seraient nantis du *pignus prætorium* en dehors d'une appréhension physique, que si leur possession se trouvait contestée ou empêchée par tout autre obstacle⁴.

Nous savons que la *missio*, demandée par un seul des créanciers, profite à la masse, en ce sens que chacun pourra poursuivre la vente et réclamer sur le produit une rétribution en rapport avec sa créance : le *pignus prætorium*, qui est un avantage de la *missio*, profite également à tous les créanciers. C'est refuser par là même au premier *missus* qui s'est acquis le droit de gage, la faveur d'être préféré à ses co-créanciers demandeurs

¹ C. 1, C., de *Prætor. pign.*, VIII, 22. À la différence du *pignus in causa judicati*, qui comprend seulement la portion de biens nécessaire pour assurer le paiement du créancier. (L. 15, §§ 2, 11 et 12, Dig., de *Re judic.*, XLII, 1.)

² Paul, L. 6, §§ 1 et 2, et L. 14, § 2, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

³ Ulpien, L. 26, § 1, Dig., de *Pignerat. act.*, XIII, 7. De même, c'est du jour de la saisie que datent les effets du *pignus in causa judicati captum* (C. 2, C., *Qui potiores*, VIII, 18); mais ici, le soin de saisir et de garder les objets appartient aux officiers du magistrat (L. 10, Dig., *Qui pot.*, XX, 4). L'hypothèque, au contraire, ne suppose pas la détention des objets par le créancier, et elle peut s'appliquer même à des biens futurs.

⁴ Gaius, L. 13, Dig., de *Reb. auct. judic.*, XLII, 5.

après lui¹. Outre une raison d'analogie avec les légataires envoyés en possession², le principe d'égalité parfaite qui règle les rapports des créanciers après l'envoi s'oppose à l'idée d'un privilège quelconque au profit de l'un d'eux : à tel point que celui-là ne pourrait pas encaisser la somme qu'il aurait reçue particulièrement du débiteur au-dessus du dividende afférent à sa créance³. Il est naturel en effet que le premier *missus*, qui accomplit un simple acte de procédure dans l'intérêt commun, reçoive de la loi, au même titre que les autres demandeurs ses co-créanciers, une protection empêchant le débiteur de diminuer son patrimoine : mais, comment lui reconnaîtrait-on un avantage à leur détriment, puisque, en sa qualité de premier *missus*, il n'a rien acquis⁴? En dehors des créanciers qui, jouissant de sûretés ou de prérogatives spéciales antérieures à la *missio*, conservent en face de la masse la position qu'ils s'étaient acquise à l'égard du débiteur⁵, la règle est

¹ Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 709 et t. II, p. 918; Tambour, *op. cit.*, p. 177; Vainberg, *op. cit.*, p. 121. Contra, Dernburg, *Ueber die Emptio bonorum*, Heidelberg, 1850. Au contraire, conformément à la règle : *Prior tempore, potior jure*, la saisie opérée *per pignus in causa judicati captum* confère au créancier, sur les objets qu'elle affecte, un privilège opposable aux autres créanciers, qui n'ont acquis sur les mêmes biens aucun droit de préférence antérieur (L. 10. Dig., *Qui potiores*, XX, 4; C. 2, C., *Qui pot.*, VIII, 18).

² Ulpien, L. 5, § 3, Dig., *Ut in poss. legat. vel fideic.*, XXXVI, 4.

³ Paul, L. 14, § 1, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5; Ulpien, L. 6, § 7, et L. 10, § 16, Dig., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8.

⁴ Paul, L. 12 *præm.*, Dig., *de Reb. auct. judic.*, XLII, 5.

⁵ Arg., C. 8, *in fine*, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71 : « *In rebus autem officio judicis partiendis, suam vim singulis creditoribus habentibus...* »

donc que les personnes envoyées en possession en vertu d'une même cause, quoique à des dates diverses, occupent les unes vis-à-vis des autres le même rang.

Mais le *pignus prætorium* permet de primer les tiers qui ont obtenu un envoi à un titre différent : nul doute, par exemple, que les créanciers personnels de l'héritier envoyés en possession des biens héréditaires ne soient préférables aux légataires qui se sont fait accorder après eux la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*¹, sauf bien entendu l'application des principes sur la séparation des patrimoines².

Bien plus, un privilège est opposable par la masse des créanciers existant à l'époque de l'ordonnance de l'envoi, aux tiers auxquels le débiteur a consenti des droits réels, et en général à tous les créanciers qui ont contracté avec le débiteur *postérieurement* à la *missio*³. La question, il est vrai, ne se pose pas au cas d'envoi en possession des biens d'un défunt, puisqu'il ne s'y rencontre que des créanciers antérieurs à l'envoi ; mais, en dehors de cette hypothèse, un intervalle de temps assez long, comme au cas du mineur ou de l'absent

¹ Ulpien, L. 5, § 4, Dig., *Ut in poss. legat. vel fideic.*, XXXVI, 4. Une simple réserve est faite au profit du fidéicommissaire sur l'objet même du fidéicommis (L. 11, § 1, Dig., *eod. tit.*). Sic Tambour, *op. cit.*, p. 177.

² Si l'héritier est insolvable, les légataires ne manqueront pas de demander la séparation des patrimoines ; pour l'application de la loi 5, § 4, *eod. tit.*, il est donc nécessaire de supposer que les légataires se trouvent exceptionnellement déchus du droit de demander la séparation.

³ Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 709 et t. II, p. 918 ; Tambour, *op. cit.*, p. 178.

pour cause de service public, a pu s'écouler entre l'envoi et la vente, durant lequel le débiteur a peut-être contracté de nombreuses obligations : nous disons que, dans l'espèce, la masse des créanciers antérieurs à l'ordonnance du magistrat passe avant les créanciers survenus postérieurement.

L'égalité, qui est le but de la *Bonorum Venditio*, en souffrira, dit-on. — Nullement : pas plus qu'elle ne se trouve choquée par les dispositions de notre procédure française, qui autorise les syndics à requérir l'inscription d'une hypothèque légale, à l'encontre des créanciers postérieurs au jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire¹. Obliger les créanciers antérieurs à subir le concours des créanciers postérieurs à la *missio*, c'est exposer le gage de tiers contractants, dont l'antériorité rend la situation d'autant plus intéressante, aux spéculations arbitraires et ruineuses d'un débiteur en possession d'un reste de crédit : certes, on arriverait ainsi à l'égalité, mais à l'égalité dans le néant, à tel point qu'il serait naïf de la part des créanciers envoyés en possession de ne pas arrêter des poursuites coûteuses et ne pouvant aboutir qu'à un dividende dérisoire.

Soit ; mais alors le privilège devra être réservé aux créanciers antérieurs qui possèdent matériellement les biens, à l'exclusion de ceux qui, ne les ayant point appréhendés, jouissent seulement d'une possession fictive².

¹ Art. 490 et 517 C. de commerce, et art. 4, al. 1 *in fine*, et 5, al. 2, Loi du 4 mars 1889.

² Ulpien, L. 26, Dig., de *Pignorat. act.*, XIII, 7 : « ... Nisi ventum fuerit in possessionem. »

— La contradiction n'est qu'apparente. Il est tout d'abord certain que le droit de préférence ne saurait exister dans l'hypothèse où personne ne réaliserait une mainmise aucunement entravée, car il est une conséquence du droit de gage, et nous savons qu'en pareil cas, le droit de gage lui-même n'existe pas. En second lieu, de ce que le droit de préférence appartenant aux créanciers qui ont pratiqué réellement la saisie se trouve étendu même à ceux qui n'ont pas pris une possession effective des biens, on aurait tort d'induire qu'un droit de gage existe au profit de ces derniers : au point de vue théorique, rigoureusement, le droit de gage ne prend naissance que dans la personne des créanciers qui possèdent matériellement ; mais, si le législateur ne crée pas un privilège au profit des créanciers dont la possession est fictive, il n'entend pas qu'un privilège existe à leur détriment, et voilà pourquoi, par un motif d'égalité, le premier *missus* est considéré comme un mandataire conservant au bénéfice de la masse, par l'appréhension du patrimoine, les avantages de sa propre détention, c'est-à-dire le gage et le privilège qui en résulte¹.

Enfin, on argumente de l'absence de texte permettant d'accorder un droit de préférence aux créanciers antérieurs à la *missio*. — A vrai dire, notre assertion se réduit à une conjecture, mais à une supposition juridiquement conforme au but de la *Bonorum proscriptio*, qui est de porter à la connaissance des tiers le dessaisisse-

¹ Paul, L. 12 *præm.*, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5 ; arg. Ulpien, L. 5, § 2, Dig., *Ut in poss. legat. vel fideic.*, XXXVI, 4.

ment du débiteur. D'ailleurs, ce qui semble découler des textes, c'est que la procédure de la *Bonorum Venditio* laisse complètement de côté les créanciers postérieurs : ainsi, Paul et Ulpien, examinant la question de savoir si la *missio* obtenue sur la demande d'un non-créancier, profite aux créanciers véritables, se prononcent d'une façon absolue pour la négative, sans distinguer si le demandeur n'est pas devenu créancier ultérieurement¹; n'est-ce pas indiquer que c'est au moment de la demande d'envoi que les rapports de créancier à débiteur doivent nécessairement exister ? L'envoi en possession, qui fixe d'une manière définitive la situation des envoyés dans leurs rapports respectifs, détermine donc aussi leur rang vis-à-vis des créanciers qui traiteraient par la suite avec le débiteur; et ainsi, nous sommes amenés à concéder aux uns le droit de primer les autres, en vertu d'un privilège qu'il est, certes, plus facile de soutenir que de repousser.

Une dernière question nous reste à élucider. Si l'existence du *pignus prætorium* est subordonnée à la condition d'une possession matérielle, le créancier qui vient à perdre l'avantage de la possession se voit par là même enlever le bénéfice du droit de gage; mais, tout au moins, peut-il le recouvrer? En d'autres termes, le *pignus prætorium* engendre-t-il, comme l'hypothèque, un droit de suite sur les biens que le débiteur parvient à aliéner? Une divergence d'opinions séparait les jurisconsultes de l'époque classique, et cela avec d'autant plus de raison que l'utilité du droit de suite semble

¹ *Supra*, p. 132, note 2, et p. 188, note 1.

faible en présence du dessaisissement qui empêche le débiteur de disposer¹ ; mais Justinien trancha la controverse en décidant que le créancier qui a cessé de posséder par une circonstance quelconque, fût-ce même par sa faute, est admis à rentrer en possession au moyen de l'action hypothécaire qui naît de son droit de gage, et tout porte à croire que l'empereur consacra l'opinion la plus en faveur auprès des jurisconsultes anciens².

C. — Droit d'administration.

Le caractère conservatoire de la *missio in possessionem* qui ressort du droit de gage, se manifeste encore avec plus de netteté dans le droit d'administration ; car, en raison de la reddition de comptes que va nécessiter la gestion du patrimoine, la *missio* devient une sûreté, non seulement pour l'envoyé en possession, mais encore pour le débiteur lui-même : c'est donc une mesure émi-

¹ C. 2, C., de *Prætor. pign.*, VIII, 22 : « *Veteris juris dubitationem decident...* » Dans le droit ancien, la personne qui perdait la possession de son gage n'était pas complètement dénuée de ressource ; c'est ainsi qu'au cas d'ἀντίρροπος, c'est-à-dire de « *mutuus pignoris usus pro credito* », une action *in factum* était en pratique accordée : « *Itaque, si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.* » (Marcien, L. 11, § 1, Dig., de *Pign. et hypoth.*, XX, 1.)

² C. 2, C., de *Prætor. pign.*, VIII, 22. Sic Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 709 ; Maynz, *op. cit.*, t. I, p. 886 ; Tambour, *op. cit.*, p. 178. Comme la Constitution de Justinien assimile au gage conventionnel tout gage prétorien, nous dirons que le *pignus in causa judicati captum* engendre lui aussi un droit de suite.

nemment conservatoire, puisqu'elle est destinée à sauvegarder les intérêts des deux parties en cause ¹.

Le double droit de garde et d'administration implique, comme mesure préliminaire, la possibilité de consigner dans un inventaire (*αναγραφή* — *descriptio*) l'état et la consistance du patrimoine possédé. La vérification (*dis-punctio*) des comptes du débiteur est également accordée une fois d'après Labéon : Ulpien autorise même un second et dernier examen, à la condition toutefois de jurer que l'on n'agit pas *calumniæ causa*; mais, s'il est loisible de prendre des notes, il est interdit de copier les titres sans une autorisation donnée *causa cognita* par le prêteur, et cela, pour éviter que des recherches indiscrètes n'occasionnent plus tard un préjudice à la situation du débiteur ².

Les actes d'administration qui deviennent nécessaires au cours de l'envoi peuvent être passés par l'envoyé lui-même ³. Au cas où il se rencontre plusieurs *missi*, de deux choses l'une : s'ils parviennent à s'entendre, ou bien ils figurent tous ensemble dans les opérations, ou bien ils donnent pouvoir à l'un d'eux de procéder au nom de tous; si au contraire ils restent en désaccord, le prêteur désigne *causa cognita* celui qui sera chargé d'administrer dans l'intérêt commun ⁴.

En qualité d'administrateurs, les créanciers ont le

¹ Cic., *pro Quint.*, XXVII; Ulpien, Lois 8, 9, et Paul, L. 14, § 1, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

² Ulpien; L. 45, *præm.* et § 1, Dig., *cod. tit.*; adde L. 56, Dig., *de Verb. sign.*, l., 16.

³ Ulpien, L. 9, *præm.*, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

⁴ Ulpien, L. 8, § 4, Dig., *cod. tit.*

droit de faire valoir les biens du débiteur pendant toute la durée de leur possession ; c'est même un devoir qu'ils ne peuvent éluder sans renoncer à leur droit de détention¹. En conséquence, les envoyés perçoivent et vendent les fruits, ou, s'ils le préfèrent, ils afferment les biens pour un temps qu'ils ont liberté pleine et entière de déterminer ; mais ils doivent respecter les ventes de récoltes et les baux donnés précédemment et sans fraude par le débiteur, quand bien même ils trouveraient à vendre ou à louer dans de plus avantageuses conditions². Les créanciers possèdent, plutôt pour empêcher le débiteur de jouir de son patrimoine, que pour en jouir eux-mêmes³ : c'est pourquoi, le droit de recueillir les fruits ne leur confère pas celui d'en bénéficier, fût-ce même pour leur propre consommation⁴ ; car ils sont tenus de les restituer au débiteur qui met fin à l'envoi, ou de les imputer sur leurs créances lorsque l'envoi continue et aboutit à la vente⁵. D'un rescrit d'Antonin⁶ il semblerait résulter une décision contraire ; voici l'es-pèce qui y est prévue : une personne détient une succession et, poursuivie par une action en pétition d'hérédité, elle ne comparait pas ; le demandeur, qui se trouve arrêté dans son action *per nimiam contumaciam possessoris*, sera envoyé en possession du patrimoine du défunt et il fera les fruits siens du jour de cet envoi ; il

¹ Ulpien, L. 9, § 6, Dig., *eod. tit.*

² Ulpien, L. 8, §§ 1, 2 et 3, Dig., *eod. tit.*

³ Pothier, *ad tit. : de Reb. auct. jud. poss.*, art. 3, § 3.

⁴ Ulpien, L. 7, *præm.*, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

⁵ Marcellus, L. 48, Dig., *de Solut.*, XLVI, 3.

⁶ Ulpien, L. 7, § 19, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

pourra même acquérir le *dominium* au moyen de l'usucapion. Une telle hypothèse n'a rien, croyons-nous, de commun avec la *missio* uniquement conservatoire qui est accordée aux créanciers : l'exception qu'elle contient relativement aux fruits doit donc être restreinte au cas tout spécial de la pétition d'hérédité. — L'envoyé en possession n'est aucunement tenu des fautes qu'il commet dans son administration : sa responsabilité ne s'étend pas au delà du dol et de la *culpa lata que dolo æquiparatur* ; dès lors, on ne saurait lui reprocher la dépréciation des immeubles, la perte des titres (*jura*), la destruction ou l'incendie des édifices, les mauvais soins donnés à la *familia*, le passage de la possession aux mains d'un tiers, pourvu que de tels événements ne soient point dus à des agissements dolosifs de sa part¹. Le créancier gagiste répond, au contraire, de toute faute que ne commettrait pas un bon père de famille² ; c'est que l'envoyé en possession, à défaut d'une satisfaction vainement recherchée, subit l'envoi plutôt qu'il ne l'accepte : il est donc juste que sa responsabilité soit engagée par le dol seul, vis-à-vis d'un débiteur de mauvaise foi, ou du moins négligent. L'envoyé en possession se trouve également mieux traité que le *negotiorum gestor*, lequel répond de sa faute, parce qu'il gère la chose d'autrui à l'insu des intéressés et que son intervention a peut-être écarté celle d'un *negotiorum gestor* plus vigilant.

¹ Ulpien, L. 8, § 3, et L. 9, § 5, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

² Ulpien, L. 9, § 5, Dig., *eod. tit.* ; L. 13, § 1, et Paul, L. 14, Dig., de *Pignorat. act.*, XIII, 7.

Si les créanciers peuvent eux-mêmes administrer, habituellement et pour éviter l'altération des livres (*ne corrumpantur rationes*) ils remettent la gestion entre les mains d'un curateur¹.

L'existence d'un curateur est possible, dès qu'il se présente un acte d'administration, dès le jour même de l'envoi par conséquent². La nomination, en présence de simples actes d'administration, doit être regardée comme facultative³; mais elle devient obligatoire pour intenter au nom du débiteur une action, fût-elle près de s'éteindre : en pareil cas, un ou plusieurs curateurs sont choisis par la majorité des créanciers et nommés par le magistrat ou par le président de la province⁴. Le magistrat ne peut donc pas d'office instituer un curateur; il faut que la nomination soit réclamée par les intéressés, et alors elle n'est pas susceptible d'être refusée. Comme le droit d'administration réside en principe dans la personne même des créanciers, l'investiture accordée par le magistrat ne semble pas strictement nécessaire, si ce n'est pour les actions qu'il est

¹ Ulpien, L. 15, *præm.*, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5. Le *curator bonis datus* ressemble à nos syndics provisoires (art. 462 C. de commerce, et suiv.).

² Ulpien, L. 8, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4, et Paul, L. 14, *præm.*, Dig., de *Reb. auct. jud. poss.*, XLII, 5.

³ Ulpien, L. 8, § 4, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

⁴ Paul, L. 14, *præm.*, et Ulpien, L. 15, *præm.*, Dig., *eod. tit.*; L. 2, *præm.*, et § 1, Dig., de *Cur. bon. dand.*, XLII, 7 (Tambour, p. 185, note 1). D'après Doneau (*Comm. jur. civ.*, XXIII, 17, 1), si l'intervention du magistrat est ici requise, c'est que la représentation du débiteur *in jure* par ses créanciers ne peut s'effectuer que sous la garantie de l'autorité publique.

utile d'exercer¹; mais, en l'absence de confirmation, l'administrateur sera le mandataire de ceux-là seuls qui l'auront choisi. Le curateur peut être un envoyé en possession, ou un étranger². Nul n'est contraint d'accepter les fonctions de curateur, pas plus qu'on n'est tenu de se charger d'un mandat : par exception, l'empereur a le pouvoir de les imposer en cas de nécessité absolue³; de plus, c'est un mandat attaché à la personne du titulaire, par conséquent qui ne passe pas à ses héritiers⁴. — Le curateur agit à la fois au profit des envoyés en possession, et au mieux des intérêts du débiteur. Il administre suivant les règles prescrites aux créanciers : outre les actes conservatoires et de pure administration, il acquitte les dettes productives d'intérêts ou dont le non-paiement ferait encourir une clause pénale, il liquide les droits litigieux et surtout il introduit en justice les actions du débiteur « *quæ periturae sunt* »⁵; mais il n'exerce et on ne donne contre lui que des actions utiles, parce que le débiteur conserve nominalement tous ses droits. Le curateur peut se constituer un *procurator ad agendum vel ad defendendum* : mais il est à ce point substitué à la personnalité juridique du

¹ Julien, L. 5, Dig., de *Cur. bon. dand.*, XLII, 7. En effet, la confirmation qui, d'après ce texte, n'est pas imposée au curateur chargé de vendre, *a fortiori* ne doit pas être nécessaire pour le curateur chargé d'administrer.

² Ulpien, L. 2, § 4, Dig., *eod. tit.* Cf. art. 462, *in fine*, C. de comm. français.

³ Ulpien, L. 2, § 3, Dig., *eod. tit.*

⁴ Neratius, L. 9, Dig., de *Curat. fur.*, XXVII, 40.

⁵ Ulpien, L. 8, et Paul, L. 14, *præm.*, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5; Paul, L. 1, § 2, Dig., de *Cur. bon. dand.*, XLII, 7.

débiteur, que la *cautio de rato* ou la *cautio judicatum solvi* sera donnée en son nom et nullement au nom du débiteur¹. — Bien que le curateur soit choisi seulement à la majorité, les actes qu'il accomplit dans les limites de son mandat obligent tous les créanciers : « *rata habebuntur* »² ; dès lors il est naturel qu'il se trouve responsable vis-à-vis d'eux : sa responsabilité, comme celle de l'envoyé en possession, ne dépasse pas le dol ni la faute lourde³. Et cependant la responsabilité des mandataires ordinaires s'étend jusqu'à la faute⁴ ; la différence tient à ce que le simple mandat consiste en une mission toute de confiance entre amis, tandis que la charge de représenter les créanciers incombe à une personne quelconque, parfois même se trouve imposée. Plusieurs curateurs ont pu être désignés en même temps : en pareil cas, ou l'administration a été divisée, et le partage limite leur responsabilité, chacun n'étant responsable que de ses propres actes⁵ ; ou l'administration est demeurée indivise, et alors chaque curateur a le droit d'agir comme s'il était seul, mais il répond *in solidum* des actes qu'il a passés, comme des opérations dont il s'est abstenu ; par exception, le curateur nommé malgré lui n'est tenu que de ses actes personnels⁶. — La mission du curateur prend fin avec le paiement volontaire du débiteur, ou avec l'adjudication des

¹ Ulpien, L. 2, § 1, Dig., de *Cur. bon. dand.*, XLII, 7.

² *Eodem.*

³ Ulpien, L. 9, § 5, in fine, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 3.

⁴ Ulpien, L. 23, Dig., de *Reg. jur.*, L. 17.

⁵ Ulpien, L. 2, § 2, Dig., de *Cur. bon. dand.*, XLII, 7.

⁶ Ulpien, L. 2, §§ 2 et 5, *cod. tit.*

biens, à moins donc qu'il ne soit utile d'exercer l'action Paulienne ¹.

La possession des créanciers constitue un état provisoire, au terme duquel ceux-ci pourront exiger des comptes de leurs représentants, et devront eux-mêmes en rendre à qui de droit.

Le règlement qui intervient entre les créanciers et leurs représentants se trouve ainsi sanctionné : si à l'unanimité les créanciers ont confié à un mandataire le soin de gérer le patrimoine du débiteur, le droit commun qui régit le mandat s'applique dans leurs rapports avec ce mandataire ; mais si à la majorité un curateur a été désigné, l'action qui compète pour ou contre lui varie selon les circonstances. Les créanciers qui ont constitué le curateur sont toujours investis contre lui de l'action *mandati*. Quant aux créanciers qui sont demeurés étrangers à la nomination, ils jouissent de l'action *negotiorum gestorum*, pourvu que le magistrat ait donné son approbation ; en cas de non-confirmation, n'étant pas liés par les actes du curateur qui, à leur égard, joue le rôle d'un inconnu, ils ne peuvent intenter contre lui aucune poursuite ; mais en revanche, ils ont la faculté d'attaquer leurs cocréanciers qui ont délivré le mandat, soit par l'action *negotiorum gestorum*, soit par une action *in factum*, suivant que ceux-ci ont connu ou ignoré leur qualité de créanciers ; ils pourraient d'ailleurs s'adjoindre au curateur nommé ². Par

¹ Ulpien, L. 1, *præm.*, Dig., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8. (*Infra*, p. 300.)

² Paul, L. 22, § 10, Dig., *Mandat.*, XVII, 1, et Julien, L. 5, Dig., *de Cur. bon. dand.*, XLII, 7. Ces deux lois sont relatives, croyons-

contre, pour le remboursement de ses impenses, le curateur dispose de l'action *mandati contraria* contre ses mandants et, s'il a été confirmé, de l'action *negotiorum gestorum contraria* contre les autres créanciers.

Que l'administration ait été ou non confiée à un représentant, peu importe : elle donne toujours lieu à une reddition de comptes de la part des envoyés en possession « *ei ad quem ea res pertinet* »¹. Ainsi donc, le règlement sera débattu entre les créanciers d'une part, et de l'autre le débiteur qui fait cesser l'envoi ou le *magister* si l'on en vient à la vente². — D'après l'Édit, la reddition des comptes porte sur les trois éléments suivants : dépenses occasionnées, fruits perçus et détériorations commises³. En effet, les envoyés en possession ont droit à une indemnité pour toute dépense par eux faite de bonne foi, lors même qu'il n'en soit résulté aucune augmentation de valeur⁴. A l'inverse, ils sont comptables des fruits recueillis durant leur possession effective, et en général de tout ce qui a été perçu à l'occasion de leur gestion : en conséquence, ils doivent compte de la somme qui leur a été remise à titre de

nous, au curateur chargé de vendre « *curator bonis distrahendis* » (*Infra*, p. 283), mais aucune raison ne les empêche d'être applicables au curateur chargé d'administrer.

¹ Ulpien, L. 9, *præm.*, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

² Ulpien, L. 9, § 3, *eod. tit.* Les mots : «*curator bonis distrahendis datus*..... » sembleraient faire allusion au curateur qui présidait aux ventes en détail; mais, comme la *Bonorum distractio* n'était pas de droit commun au temps d'Ulpien, ils visent le *magister* chargé de vendre en bloc les biens du débiteur.

³ Ulpien, L. 9, *præm.*, *eod. tit.*

⁴ Ulpien, L. 9, §§ 2, 3 et 4, *eod. tit.*

peine pour défaut de paiement dans un délai déterminé ; si par ailleurs ils n'ont rien acquis en dehors de simples créances, ils sont obligés de céder les actions qui en garantissent le remboursement ; mais jamais on ne peut leur reprocher d'avoir tardé à prendre possession ou d'avoir délaissé les biens prématurément¹. Les créanciers ne sont pas en demeure de rendre seulement « *quæcunque ex re debitoris pervenerunt* », ils doivent compte encore du gain qu'ils ont omis de faire, en ne vendant pas les récoltes et en n'affermant pas les biens entrés en leur possession² : à plus forte raison répondent-ils des détériorations qu'ils ont frauduleusement commises ou laissé commettre sur le patrimoine qu'ils avaient mission d'administrer³. — Il nous reste à rechercher quelle action est donnée aux créanciers contre le débiteur ou contre le *magister* et *vice versâ*, à raison des obligations réciproques nées de la gestion bonne ou mauvaise des biens. Ce ne sera pas l'action *negotiorum gestorum*⁴, car elle suppose que nous avons géré une affaire ne nous concernant pas personnellement ; d'un autre côté, comme ce n'est pas uniquement sa propre affaire que l'envoyé en possession a gérée, le prêteur supplée à l'insuffisance de l'ancien droit par la création d'une action spéciale, qui a toute l'étendue de l'action *negotiorum gestorum* et qui produit les mêmes effets. L'action donnée par l'Édit est *in factum, rei persecutoria*, perpétuelle, et opposable pour le tout par les héritiers contre

¹ Ulpien, L. 9, §§ 1 et 6 ; Paul, L. 14, § 1, *eod. tit.*

² Ulpien, L. 9, § 6, *eod. tit.*

³ Ulpien, L. 9, § 8, *eod. tit.*

⁴ Ulpien, L. 9, § 4, *eod. tit.*

les héritiers¹. Toutefois, quand il y a dol de la part de l'envoyé en possession, l'action *in factum* est remplacée par l'action *de dolo* : l'action reste toujours *rei persecutoria* à l'égard du demandeur et transmissible à ses héritiers ; mais elle devient pénale contre le défendeur et elle ne dure qu'une année : après l'année ou contre les héritiers du délinquant, elle n'est plus donnée que jusqu'à concurrence du profit retiré².

SECTION V

DES MODES D'EXTINCTION DE L'ENVOI EN POSSESSION

Il peut arriver que la *missio* n'ait pas été régulièrement obtenue, soit qu'elle ait été concédée à un non-créancier ou à un poursuivant susceptible d'être repoussé par une exception³, soit encore qu'elle se trouve entachée d'un vice de forme ; dans tous ces cas, elle devient annulable. La demande en nullité s'introduisait, dans l'ancien droit, au moyen d'une procédure *per sponsionem*, dont vraisemblablement voici les termes : « *Si ex edicto prætoris bona possessa non sint.* » Le préteur, n'ayant pas à statuer sur le fond de la contestation qui avait donné lieu à l'envoi, renvoyait à un juge, *sous*

¹ Ulpien, L. 9, §§ 4 et 7 ; Paul, L. 14, § 1, Dig., *eod. tit.*

² Ulpien, L. 9, § 8, et L. 11 ; Paul, L. 10 ; Dig., *eod. tit.* (Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 591.)

³ Ulpien, L. 1, § 5, Dig., *Ne vis fiat ei*, XLIII, 4.

la forme d'une question de droit, d'une obligation, le point de savoir si les biens n'avaient pas été possédés conformément à l'édit : en vertu de la *sponsio*, le débiteur se portait demandeur, ce qui entraînait de sa part la preuve de l'illégalité de l'envoi ¹. Plus tard, lorsque furent créées les actions *in factum* préjudicielles, la demande de nullité donna lieu à un *præjudicium*, dont la formule était probablement ainsi conçue : « *Judex, præjudicio querito an bona ex edicto prætoris possessa non sint* ². » La mission du *judex* se bornait alors à examiner si *en fait* les biens avaient été ou non possédés conformément à l'édit, et, quand l'envoi était déclaré nul, tous ses effets tombaient par là même : le débiteur recouvrait avec la possession de ses biens son *existimatio* qu'il était censé n'avoir jamais compromise ; de son côté, le créancier n'était plus considéré comme possesseur, et, de plus, le non-créancier qui frauduleusement avait réclamé l'envoi se trouvait passible d'une action en diffamation ³.

¹ Cic., *pro Quint.*, VII, VIII, XXVII. Cicéron, notamment dans les chapitres II, VIII, IX et XXXI, critique cette organisation de l'instance qui le constitue demandeur en nullité ; mais Tambour (*op. cit.*, p. 105, note 1, *in fine*) a raison de craindre qu'en ce point l'avocat n'ait dominé le jurisconsulte.

² Par analogie de la procédure relative à la nullité de la vente (L. 30, *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5) Cf. de Caqueray, *op. cit.*, pp. 117 et suivantes. — Recourir à l'empereur n'était donc pas nécessaire.

³ Ulpien, L. 15, § 33, Dig., *de Injur.*, XLVII, 10, et Gaius, III, § 220. Cette action d'injures rappelle l'action en dommages-intérêts que nous avons reconnue au pouvoir de la personne, victime d'une *pignoris capio* injustement dirigée sur ses biens (*supra*, p. 49).

Si, au contraire, le patrimoine est régulièrement possédé, l'envoi pourra prendre fin par le fait, soit du débiteur, soit des créanciers ; mais jamais l'*existimatio* du débiteur ne retrouvera son ancienne intégrité.

§ 1^{er}. — Modes d'extinction procédant du chef du débiteur.

Nous distinguerons le débiteur *indefensus* de celui qui a été condamné ou qui a fait aveu *in jure*.

A. — Le débiteur est « *indefensus* ».

L'envoi prononcé contre un *indefensus* n'a plus de raison d'être, si l'on en fait disparaître la cause occasionnelle (*cessante causa, cessat effectus*) : il cessera donc aussitôt que l'*indefensus* viendra défendre au procès, soit en personne, soit grâce à l'intervention d'un tiers ; et alors le créancier devra se démettre volontairement de la possession, sinon, il sera contraint de l'abdiquer à la suite d'un interdit rendu par le préteur¹.

Toutefois, l'extinction de l'envoi est ici subordonnée à une double condition. Il faut tout d'abord que le débi-

¹ Cet interdit, applicable dans toutes les hypothèses où disparaît la cause de l'envoi, se trouve mentionné au Digeste pour le cas du pupille *indefensus* dans la Loi 5, §§ 2 et 3, du Titre : *Quib. ex caus. in poss.*, et pour les légataires envoyés en possession des biens du *de cuius* qui obtiennent le paiement de leurs legs, dans la Loi 40, de *Solutionibus*.

teur n'ait pas été condamné par contumace ; en effet, dès là que le défaut de défense s'est produit après la *litis contestatio* et que, au moyen de la procédure de contumace, le demandeur s'est muni d'un jugement, l'envoi se trouve irrévocable : le débiteur, privé désormais de la ressource de suivre l'instance, devrait, pour rentrer en possession de ses biens, donner satisfaction pleine et entière à ses créanciers ¹. En second lieu, le débiteur lui-même, aussi bien qu'un tiers, est tenu de fournir la caution *judicatum solvi* ². En ce qui concerne le tiers *defensor*, cette obligation est conforme à la règle : « *Nemo alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur* ³. » Quant au débiteur, s'il est tenu de *satisdare*, c'est que les causes qui ont amené l'ordonnance d'envoi l'ont rendu suspect ; de plus, les créanciers se sont ménagé, au moyen de la *missio in possessionem*, des droits présumés régulièrement acquis et auxquels la seule volonté d'un débiteur, d'une solvabilité douteuse, ne saurait porter atteinte en l'absence de garanties équivalentes. La disposition de l'Édit qui oblige le débiteur à fournir caution ne s'applique toutefois dans l'ancien droit, à la différence de l'obligation imposée au tiers, que si la possession s'est prolongée au delà de trente jours ⁴ ; elle dut être modifiée dans la suite, puisque dans les textes

¹ C. 13, § 3. C., de *Judiciis*, III, 1 : « *Nulla licentia ei, vel alii personam ejus solam prætendenti concedenda contradicendi... : in hujusmodi etenim casibus omnem ei contradictionem excludimus.* »

² Gaius, IV, § 102 ; Ulpien, L. 33, § 1, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

³ Gaius, IV, § 101.

⁴ Cic., *pro Quint.*, VIII.

d'Ulpien et de Gaius on ne trouve aucunement trace d'un semblable délai : au temps de ces juriconsultes, la caution est donc exigée du défendeur dès qu'est intervenu l'envoi en possession ¹. Mais, est-ce seulement lorsque la *missio* est valable que la caution doit être fournie ? En principe, oui ; cependant elle serait due, alors même que l'absent ou son représentant viendrait à prétendre que le *missus* n'était pas créancier, et qu'il offrirait de le prouver en défendant à l'action : car la caution est exigée dès le début de l'instance, et c'est seulement par le résultat de cette instance que l'on connaîtra si la *missio* est régulière ou non. L'envoi est donc, jusqu'à preuve contraire, présumé valable et le défendeur se trouve contraint de donner caution, à moins qu'il ne préfère se constituer demandeur en nullité et prouver le défaut de droit de son prétendu créancier ².

Les règles que nous venons de tracer comportent certaines modifications. Le pupille *indefensus*, qui devient pubère et qui se présente devant le magistrat, est déclaré

¹ Keller (*Semest. ad Cic.*, p. 406 et suiv.) pense que le texte d'Ulpien aurait été interpolé et qu'il faut y sous-entendre le délai de trente jours ; interprétation peu solide en présence du texte de Gaius qu'on peut difficilement soupçonner d'avoir été interpolé.

² Cic., *pro Quint.*, VIII. Quintius réclamait la nullité de l'envoi pour ce double motif qu'il n'était ni débiteur de Nævius, ni *indefensus*, puisque Alphenus, son ami, s'était présenté pour le défendre ; et non seulement il niait la légalité de l'envoi, mais encore il se refusait à donner caution, car c'eût été de sa part un aveu que les biens avaient été possédés conformément à l'Édit. Néanmoins, le préteur avait raison de lui enjoindre ou de fournir la caution *judicatum solvi*, ou d'engager l'action avec Nævius en faisant la *sponsio*.

suffisamment défendu par le seul fait de sa comparution volontaire¹ ; cette exception concerne également les autres *indefensi* dont l'incapacité vient à cesser. En outre, quelle qu'ait été la durée de l'envoi, l'ex-incapable se trouve dispensé de la caution *judicatum solvi* ; mais, le tiers qui accepterait de répondre au procès serait tenu de la fournir². D'un autre côté, il ne suffit plus au débiteur de se présenter pour mettre fin à l'envoi, quand il s'est absenté pour un service public *cum dolo malo* : pour sa peine, il devra désintéresser intégralement tous ses créanciers ; à l'inverse, l'*absens reipublicæ causa sine dolo malo*, placé ordinairement sur le même rang que le pupille, n'aura qu'à se présenter à son retour, sans être astreint à donner la caution *judicatum solvi*³. Enfin, en matière successorale, quand la *missio* a été occasionnée par une incertitude sur le point de savoir si la succession serait recueillie, ou encore par le refus de l'héritier suspect de fournir une *satisfactio*, la certitude acquise de l'existence et de l'acceptation d'un héritier ou l'offre d'une caution en temps opportun ne laissera plus aux créanciers le droit de conserver la possession du patrimoine.

¹ Ulpien, L. 5, § 2, Dig., *Quib. ex caus.*, XLII, 4.

² Ulpien, L. 5, §§ 2 et 3, Dig., *eod. tit.* Arg. des mots : « *recte defendetur.* »

³ Marcien, L. 35, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5, et *Tab. Heracl.*, lin. 115-117 (*supra*, p. 174, note 3). Il n'y a, en effet, aucune raison de séparer, relativement à la dispense de la caution, deux sortes de débiteurs assimilés l'un à l'autre en ce qui concerne les fonctions municipales.

B. — *Le débiteur est « judicatus » ou « in jure confessus. »*

La *missio* obtenue pour l'exécution d'une sentence ou à raison d'une *confessio in jure* ne peut cesser du chef du débiteur, que par l'exécution de la condamnation ou par le paiement volontaire de la dette avouée : elle disparaît alors faute d'objet. Encore faut-il que le paiement, pour être efficace, soit intégral ; sinon, il deviendrait susceptible de révocation sur la demande des créanciers non désintéressés. La *missio* prend également fin, lorsque les créanciers se trouvent remboursés, non plus par le débiteur, mais par un tiers en son nom, ou encore quand intervient une caution qui reçoit leur agrément.

Comme la Cession de biens n'est pas par elle-même translatrice de propriété ¹, le cédant conserve jusqu'à la vente la possibilité de revenir sur sa détermination. Mais, pour acquérir le droit de reprendre son patrimoine, il ne suffit pas au cédant de venir se défendre en contestant l'existence de la dette, car celle-ci se trouve implicitement reconnue par le fait de la Cession : se déclarer prêt à repousser en justice les prétentions du créancier serait vouloir non plus faire cesser les effets d'un envoi régulièrement ordonné, mais attaquer la validité des actes accomplis. Le débiteur qui a cédé ses biens ne peut donc mettre un terme à l'envoi, qu'à la condition de désintéresser totalement ses créanciers ².

¹ A la différence de la *Datio in solutum* (C. 4, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71).

² C. 2, C., *eod. tit.* : « *Si quantitatem, quam licet reipublicæ condemnatus debebas, inferre paratus es....* » L'expression : « *si pa-*

§ 2. — Modes d'extinction procédant du chef des créanciers.

Il est loisible aux créanciers de renoncer au bénéfice de l'envoi en possession : rien ne les oblige, en effet, à maintenir un état de choses qu'ils ont créé dans leur intérêt et que l'obligation de gérer leur rendrait préjudiciable ; de même encore, si les embarras du débiteur n'ont été que momentanés, il peut devenir utile de se relâcher à son endroit des mesures rigoureuses qui compromettaient à la fois son honneur et son crédit. L'abdication aura pour résultat d'annuler tous les effets de l'envoi, à la condition pourtant qu'elle se produise à l'unanimité des créanciers ; car, si un seul créancier peut obtenir l'envoi, la volonté d'un seul suffit pour le maintenir.

La résolution des envoyés en possession de continuer les poursuites conduit à la vente en bloc du patrimoine du débiteur ; c'est même le mode le plus normal dont se termine l'envoi. Nous abordons ainsi, avec l'étude de la *Bonorum Venditio* proprement dite, la seconde partie de la procédure de saisie des biens.

ratus fuerit se defendere », employée par Ulpien dans la Loi 3, Dig., de *Cessione bonorum*, XLII, 3, et celle autre : « *defendendo se* », employée par Paul dans la Loi 5, *eod. tit.*, n'ont donc de signification que si le débiteur offre de payer, oppose la compensation ou fait valoir une exception perpétuelle (Tambour, *op. cit.*, pp. 194 et 195). Cf. art. 1239 et 1270-3°, Code civil.

CHAPITRE II

De la Vente en masse

La Vente en masse des biens du débiteur constitue, à vrai dire, l'exécution; elle est la fin naturelle de la série d'actes conservatoires que nous venons d'analyser sous le titre d'Envoi en possession et le seul moyen de procurer aux créanciers, par la réalisation de leur gage, la satisfaction qu'ils ont vainement recherchée.

Nous diviserons ce chapitre en trois sections, dans lesquelles nous étudierons le *Champ d'application*, la *Procédure* et les *Effets* de la Vente en masse.

SECTION PREMIÈRE

CHAMP D'APPLICATION DE LA VENTE EN MASSE

La *Missio in possessionem*, avons-nous dit, ouvre la procédure de la *Bonorum Venditio*; l'impossibilité de saisir entraîne donc forcément la prohibition de vendre.

Mais, à l'inverse, l'envoi n'est pas toujours suivi de la vente ; aussi, pour délimiter le champ d'application de la *Venditio*, établissons-nous certaines distinctions, suivant la méthode qui nous a guidé dans l'étude des différents cas d'envoi en possession.

§ 1^{er}. — Le débiteur n'est pas valablement défendu.

La législation romaine, au cas où il y a défaut de suffisantes défenses, trouve dans les circonstances un contrepoids à sa sévérité : « En effet, dit Tambour, l'idée d'exécution est affaiblie ici par une autre idée qui vient s'y mêler, celle de conservation, et aussi de pression indirecte à exercer sur le débiteur par la gêne que lui cause l'envoi en possession de ses biens¹. » On comprend dès lors que le prêteur n'autorise qu'à la dernière extrémité la vente du patrimoine de l'*Indefensus*,

A. — Absence du débiteur.

L'absence donne lieu à l'envoi, quelle qu'en soit la cause ; il n'en est pas de même de la vente, et c'est ici qu'il importe surtout de bien discerner le mobile auquel a obéi le débiteur.

L'absence est-elle frauduleuse ? La vente est possible,

¹ Tambour, *op. cit.*, t. I, p. 200.

sans que l'on doive distinguer si l'absence a précédé et par suite a empêché l'*In jus vocatio*, ou si elle l'a suivie¹. Tout dépend de l'intention : en conséquence, ne seront jamais vendus pour cause de *latitatio* les biens d'un fou, parce qu'il n'a pas la responsabilité de ses actes², et de même, si la *latitatio* n'existe qu'à l'égard de quelques-uns des créanciers, ceux-là seuls, au dire de Pomponius, qui en sont victimes, auront le droit de provoquer la vente³. Le principe formulé par l'Édit comporte toutefois ce tempérament : la vente n'a lieu que si les circonstances l'exigent, « *si res exegerit.* » Il est donc des cas entachés de *latitatio*, dans lesquels la vente ne s'effectuera pas⁴.

S'agit-il, au contraire, de l'absence pure et simple d'un débiteur qui, de la sorte, empêche l'*In jus vocatio*? L'envoi en possession n'a lieu qu'à titre conservatoire⁵. C'est ainsi qu'on ne mettra pas en vente le patrimoine

¹ Ulpien, L. 7, § 1, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

² Ulpien, L. 7, § 9, Dig., *eod.*, tit.

³ Ulpien, L. 7, § 7 *in fine*, Dig., *eod. tit.* : « eumque solum posse hinc venditionem impetrare adversus quem latitetur. »

⁴ Ulpien, L. 21, § 2, Dig., *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6. Par argument de cette loi, Stieber (*op. cit.*, p. 29 et seq.) croit que, au cas de *latitatio* du débiteur, la vente peut être accordée immédiatement, si la possession intérimaire porte préjudice aux créanciers.

⁵ Ulpien, L. 21, § 2, Dig., *eod. tit.* Cette disposition est équitable, puisque le débiteur aura la plupart du temps ignoré les poursuites dirigées contre lui, et elle doit être maintenue, que l'absence ait une cause légitime ou qu'elle ne soit pas justifiée, peu importe, du moment qu'il n'y a pas *latitatio* : autrement, on ne se rendrait pas compte du soin minutieux avec lequel Ulpien, dans la loi 7, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4, s'est appliqué à définir la *latitatio*.

d'un débiteur captif chez l'ennemi ou chargé d'une mission qu'il remplit *sine dolo malo* au nom de la République : on nommera un curateur avec pouvoir d'administrer et, pour procéder à la vente, on attendra le retour de l'absent¹. Exceptionnellement, l'interdiction de vendre devrait être levée, s'il y avait mauvaise foi de la part du débiteur, ou même si quelque retard devait causer un préjudice aux créanciers². Nous ajouterons que les créanciers de l'individu frappé d'un exil temporaire, n'ont pas à attendre la fin de sa peine, pour réclamer son expropriation, car l'absence est ici la conséquence d'un crime et, dès lors, elle ne saurait être excusée³.

B. — Désertion du « *Vadimonium* » de la part du débiteur.

On suppose que le débiteur a promis de comparaître en justice : peu importe que l'engagement ait été pris

¹ Paul, L. 6, §§ 1 et 2, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4; C. 4, C., *de Restit. milit.*, II, 31; Paul, *Sent.*, V, 3 (e), § 2. Ces textes, pris en un sens moins restreint, corroborent le principe général que nous avons posé : l'absent *sine dolo malo* ne peut être exproprié que lorsqu'il est de retour.

² Tambour, *op. cit.*, t. I, p. 204, par argument de la restriction contenue dans la Loi 7, § 11, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4, relativement au fou non défendu. L'analogie est incomplète, car l'absence peut cesser plus facilement que l'incapacité du *furiosus*; toutefois, au cas de captivité prolongée chez l'ennemi, on pourrait encore se prévaloir d'un argument tiré du mot « *statim* », dans la Loi 6, § 2, Dig., *eod. tit.*

³ Papinien, L. 13, Dig., *eod. tit.*

au moment de l'*In ius vocatio* ou bien en présence du magistrat. Si donc le débiteur ne tient pas sa promesse en raison d'une absence oui ou non justifiée ¹, il s'expose à la *Bonorum Venditio*, parce que, même à défaut de dol, il se rend coupable d'une négligence qui aggrave sa position ². On conçoit, du reste, que le débiteur, ayant manqué à sa parole, soit plus sévèrement traité que celui qu'une absence simple met dans l'impossibilité d'être poursuivi devant le magistrat.

C. — Refus de se défendre.

Le débiteur qui refuse *in iure* de se défendre, ou qui n'accepte pas la formule délivrée, doit être assimilé à l'individu « *qui latitat* » ³, et par conséquent ses biens seront susceptibles d'être vendus.

B. — Incapacité du débiteur.

L'incapable *indefensus* peut être un pupille ou toute

¹ Ulpien, L. 2, § 2, Dig., *eod. tit.* En effet, dans l'espèce, l'Édit met sur la même ligne celui qui « *absens non defenditur* » et celui qui est *latitans*.

² Ulpien, L. 2, *præm.*, Dig., *eod. tit.* Pris à la lettre, l'Édit n'est relatif qu'à l'envoi en possession; mais l'assimilation que fait Ulpien dans le § 2 de la même loi, lève tous les doutes.

³ Ulpien, L. 52, Dig., *de Reg. jur.*, l. 47. Adde arg. tiré de la *lex Galliarum Cisalpinæ*, qui soumet aux mêmes moyens d'exécution que le *damnatus*, le défendeur qui refuse de répondre : nous verrons en effet que la vente est toujours possible au cas d'envoi en possession après jugement.

personne ayant besoin d'un curateur pour se défendre, comme le fou, le prodigue et le mineur de 25 ans.

1° DU PUPILLE « INDEFENSUS ».

Il paraît vraisemblable que le prêteur avait tout spécialement réglé la situation du pupille non défendu¹; bien que cette partie de l'Édit ne nous ait pas été conservée, une distinction, croyons-nous, s'impose : la dette qui a donné lieu à l'envoi en possession a-t-elle pris naissance en la personne du pupille, ou bien dépend-elle d'une succession qui lui est échue ?

Si la dette est personnelle au pupille comme découlant d'un contrat passé, soit avec son esclave, soit avec son tuteur², la vente de son patrimoine ne deviendra possible que lorsqu'il sera sorti d'impuberté³.

Mais, si le pupille est poursuivi en qualité d'héritier, doit-on admettre la même solution ? De la comparaison des textes⁴, il résulte un droit d'option accordé aux

¹ Cf. Ulpien, L. 3, § 3, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4 : « Si pupillus heres extiterit alicui, exque ea causa legata debeat : videndum est, an huic edicto locus sit ? » et L. 5, § 2, Dig., *eod. tit.* : « AIT PRÆTOR : Si is pupillus....., EAVE pupilla..... »

² Ulpien, L. 3, §§ 1 et 2, Dig., *eod. tit.*

³ Paul, L. 6, § 1, Dig., *eod. tit.*

⁴ Ulpien (L. 3, *præm.*, Dig., *eod. tit.*) prend tout d'abord cette hypothèse : Un père de famille, copropriétaire d'un bien quelconque avec un tiers, meurt, laissant un fils impubère qui lui succède. Le tiers intente l'action *communi dividundo*, que rend impossible l'*indefensio* du fils : il pourra certainement se faire envoyer en possession de tous les biens du pupille, y compris ceux dépendant de la succession ; mais aura-t-il le droit de vendre les biens du père ? Julien, à qui la question avait été po-

créanciers et aux légataires entre la séparation des patrimoines et l'envoi en possession de tous les biens du pupille¹ : la séparation des patrimoines leur permet d'entrer en possession seulement des biens héréditaires et d'en requérir la vente pour se désintéresser sur le prix² ; au contraire, la fusion des patrimoines implique

sée, subordonnait la possibilité de vendre à la condition que le père eût commis des faits, tels que détériorations, perceptions de fruits sur la chose commune, qui, en le constituant débiteur personnel de l'autre copropriétaire, l'auraient exposé à une condamnation et par suite à la vente de ses biens : le demandeur, créancier personnel du défunt, réclamerait le bénéfice de la séparation des patrimoines et, comme la personne du *de cujus* continue fictivement d'exister en ce qui le concerne, il ferait vendre les biens héréditaires. Marcellus et, avec lui, Ulpien estimaient au contraire qu'en l'absence de contrat passé avec les représentants du pupille, il serait arbitraire de suspendre jusqu'à sa puberté le droit d'exécution des créanciers : pour eux, la simple créance, née de l'état d'indivision, pouvait donner lieu immédiatement à la vente des biens du père.

La seconde hypothèse, examinée par Ulpien (L. 3, § 3, Dig., *cod. tit.*), se sépare de la première en ce que le pupille a recueilli la succession, non plus de son père, mais d'un étranger.

¹ En dépit de la distinction que semble faire Ulpien (L. 3, § 3, Dig., *cod. tit.*), entre les légataires dont l'unique parti serait de se faire envoyer en possession de tous les biens du pupille, et les créanciers, nous pensons que légataires et créanciers ont un égal droit d'option en face du pupille qui se trouve, par l'addition d'hérédité, personnellement tenu de toutes les charges de la succession.

² La séparation des patrimoines ne viole pas le principe en vertu duquel la vente en masse doit comprendre tous les biens du débiteur et profiter à tous les créanciers ; car les biens héréditaires forment une masse distincte de l'avoir du pupille, de même que les créanciers du défunt forment une réunion distincte des créanciers du pupille héritier.

de leur part la reconnaissance de l'héritier comme débiteur unique, et elle entraîne pour eux la nécessité de recourir à l'envoi en possession, non seulement des biens qui sont échus au pupille à titre de succession, mais encore des biens qui lui sont propres : la *Bonorum Venditio*, dans cette dernière hypothèse, demeure donc aussi longtemps impossible que dure l'incapacité du débiteur ¹.

D'ailleurs, le pupille héritier sien qui use du *Jus abstinendi* n'a point à redouter l'action des créanciers héréditaires : sans attendre la puberté du pupille, ces derniers auront sans doute le droit de faire vendre les biens dépendant de la succession, car vis-à-vis d'eux l'abstention de l'héritier sien vaut renonciation ; mais le pupille, dont la qualité d'héritier survit à l'abstention, y trouvera l'avantage de recueillir l'actif excédant l'entier acquittement des dettes ², sans encourir les poursuites des créanciers qui n'auraient pas été désintéressés par la vente des biens ³.

¹ Notre distinction entre la dette propre au pupille et celle qui lui provient d'une succession est encore confirmée par la loi 33 d'Ulpien, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5, ainsi conçue : « *Si pupillus ex contractu suo non defendatur, ideoque bona ejus creditores possidere ceperint : DIMINUTIO EX HIS BONIS FIERI DEBET, VESCENDI PUPILLI CAUSA.* » En effet, si le pupille se trouvait grevé en qualité d'héritier, les créanciers, au moyen de la séparation des patrimoines, s'attaqueraient non pas aux biens du pupille, mais aux biens du *de cujus* ; et dès lors ne pourraient pas être prélevés sur cette masse distincte les aliments nécessaires au pupille jusqu'à sa puberté.

² Paul, L. 6, *præm.*, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

³ Gaius, C. II, § 158 ; Just., *Inst.*, II, XIX, § 2. Tandis que les créanciers séparatistes pouvaient, du moins d'après l'opinion très

2° DES PERSONNES QUI ONT BESOIN D'UN CURATEUR POUR SE DÉFENDRE,
SPÉCIALEMENT DU FOU, DU PRODIGE ET DU MINEUR DE 25 ANS.

Nous avons vu les créanciers du fou et du prodigue *indefensi* placés dans cette alternative, ou de demander l'envoi en possession, ou plus ordinairement de requérir la nomination d'un curateur¹. Si l'envoi a été prononcé, en principe la vente n'a pas lieu ; s'il a été institué un curateur qui ne réponde pas à l'action, le préteur désigne à sa place un curateur *ad hoc* choisi parmi les créanciers avec plein pouvoir d'administrer et de procéder aux aliénations de certains biens que rendra urgentes la gestion du patrimoine². Toutefois, comme l'incapacité qui frappe le *furiosus* et le prodigue, à la différence de l'impuberté, ne doit pas nécessairement

équitable de Papinien (L. 3, § 2, *de Separat.*, XLII, 6) mais qui ne semble pas avoir prévalu (Ulpien, L. 4, § 17, et Paul, L. 5, *eod. tit.*), exiger du pupille le surplus de leurs créances, à la condition de désintéresser auparavant tous ses créanciers personnels (Accarias, *op. cit.*, t. I, pp. 885 et 886 ; Tambour, *op. cit.*, t. I, p. 264).

¹ *Supra*, p. 107.

² Ulpien, L. 7, §§ 10 et 12, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4. Nous traduisons ainsi ces mots du § 10 : « *ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat* », lesquels ne sauraient faire allusion à la vente d'une quantité de biens suffisante pour subvenir au paiement des dettes : ce point fait l'objet du § 11. D'après le § 10 *in fine*, les ventes de biens particuliers s'opéreront dans les mêmes formes qu'au cas d'envoi en possession *ventris nomine* : les dépenses de l'incapable, réglées suivant sa condition, devront être soldées en argent comptant et, à défaut de numéraire, avec le produit de la vente des biens qui donnent le moins de revenu. (Ulpien, L. 1, §§ 19 et 20, Dig., *de Vent. in poss. mitt.*, XXXVII, 9.)

prendre fin au bout d'un laps de temps déterminé, la vente en masse pourrait être admise, mais à la condition qu'un retard soit préjudiciable aux créanciers, et dans cette hypothèse le reliquat du prix affecté à l'extinction des dettes devrait être versé entre les mains de l'incapable¹.

A ne considérer que les expressions dont se sert Ulpien, on serait tenté de croire que toujours peuvent être mis en vente, « *etsi non latitet* », les biens de l'*Indefensus*, mineur de 25 ans². La vente, dit-on, n'est sans doute permise au cas d'absence que s'il y a *latitatio* ; mais, comme le mineur de 25 ans, « *qui sui non est idoneus defensor* », n'est jamais *latitans*, il n'encourrait donc en aucun cas les rigueurs de la *Bonorum Venditio* ? Conclusion inadmissible en regard de la protection que méritent les droits des créanciers.

Le texte qu'on invoque n'a pas une portée générale : il signifie simplement que le mineur de 25 ans non défendu est susceptible de subir *dans certains cas* la *Bonorum Venditio*, bien qu'il ne puisse jamais être taxé de *latitatio* frauduleuse³. Le mineur de 25 ans ne doit

¹ Ulpien, L. 7, §§ 14 et 12, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

² Ulpien, L. 5, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

³ C'est du moins ce que l'on induit du rapprochement de la Loi 7 d'Ulpien, §§ 9 et 12, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4, où il est dit que le fou, le prodigue et en général toute personne pourvue d'un curateur, ne peuvent avoir l'intention frauduleuse qui est de l'essence de la *latitatio*, et par conséquent ne donnent pas prise à la vente : « *hinc venditionem pati non posse.* » A quoi bon, en effet, refuser la vente des biens du mineur de 25 ans, parce qu'il ne peut pas être *latitans*, si d'un autre côté on l'autorise sous le prétexte que le débiteur est incapable et non dé-

pas être mieux traité que le fou et le prodigue : comme eux, il verra ses biens vendus « *si urgeat æs alienum, et dilatio damnum sit allatura creditoribus* »¹ ; mais en retour, puisque son incapacité prend nécessairement fin à sa majorité, il ne saurait être considéré avec moins de faveur que deux incapables, dont l'état menace de se prolonger indéfiniment. Rien, sauf le cas d'extrême nécessité, ne réclame donc que l'on précipite ici les mesures d'exécution.

E. — « *Capitis deminutio* » du débiteur.

Les créanciers de l'adrogé, ou, dans l'ancien droit, ceux de la personne qui est tombée *in mancipio* ou *in manu*, ont toujours la faculté de ne pas s'en tenir à l'envoi² ; continuer les poursuites jusqu'à la vente est en effet le seul moyen pratique dont ils disposent pour obvier à l'*indefensio* du *capite minutus* et se ménager un paiement.

F. — *Manque ou insuffisance de représentation de la personne du débiteur.*

C'est l'hypothèse où les créanciers se trouvent en présence de la succession de leur débiteur.

1° Est-on certain que la succession du débiteur est

fendu? Ulpien, dans deux passages qui se suivent (livres 59 et 60 de son Commentaire de l'Édit) n'a pu commettre une aussi grave contradiction.

¹ Ulpien, L. 7, §§ 11 et 12, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

² Gaius, C. III, § 84; Just., *Inst.*, III, X, § 3 : « *et, si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus..... bona..... possidere et legitimo modo ea disponere.* »

dès à présent vacante, soit que les héritiers la répudient ou qu'ils s'abstiennent de l'accepter, soit qu'en l'absence d'héritier connu le fisc ne veuille pas la recueillir ? En pareil cas, la vente suit nécessairement l'envoi en possession des biens héréditaires¹. Il en serait de même encore, si l'héritier conditionnel déclarait ne pas vouloir faire adition quoi qu'il advienne, la condition viendrait-elle à s'accomplir : on agirait comme s'il y avait eu répudiation formelle, on vendrait l'hérédité².

2° Existe-t-il au contraire un héritier ?

Supposons tout d'abord un héritier pur et simple qui fasse adition : les créanciers ont alors le choix, ou bien de recourir contre lui s'il est solvable, ou bien de réclamer la séparation des patrimoines. Il se peut néanmoins que l'acceptation de l'héritier appelé purement et simplement demeure incertaine : dans ce cas, aucun texte n'autorise la vente avant l'expiration des délais accordés pour délibérer³ ; mais il faut croire à la possibilité de la *venditio*, dès que sont écoulés les délais.

Différente est la règle qui régit l'institution conditionnelle rendant incertaine l'existence d'un héritier. Au cas de condition casuelle, la vente peut certainement avoir lieu⁴, bien qu'il semble plus équitable d'apprécier

¹ Gaius, III, 78.

² Paul, L. 1, *præm.*, Dig., de *Curat. bon. dando*, XLII, 7. A l'inverse, la vente des biens héréditaires deviendrait impossible, si l'héritier institué promettait de faire adition au cas où la condition se réaliserait, ou bien encore si, en dehors de toute acceptation de l'hérédité, il défendait aux actions intentées contre le défunt (Paul, L. 4, § 1, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5).

³ Gaius, II, 167 ; LL. 1-6, Dig., de *Jure delib.*, XXVIII, 8.

⁴ Paul, L. 1, *præm.* et § 1, Dig., de *Curat. bon. dando*, XLII, 7.

ici les circonstances et de donner à l'envoi en possession déjà ordonné le simple effet d'une mesure préventive. Il s'agirait d'une condition potestative, que les biens pourraient encore être vendus, comme s'il n'existait pas d'institution d'héritier, à moins toutefois que l'institué ne remplit la condition dans le délai qui lui aurait été imparti sur la demande des créanciers ¹.

Enfin, lorsque l'héritier qui a fait adition est justement suspect aux yeux des créanciers et qu'il refuse de fournir la *satisfactio* prescrite par le prêteur, on en vient purement et simplement à la vente du patrimoine du *de cujus* ².

§ 2. — Le débiteur a été condamné, a confessé sa dette ou a fait cession de biens.

Cette triple hypothèse ne présente aucune difficulté : l'envoi en possession qui suit un jugement de condamnation, une *confessio in jure* ou une cession de biens donne toujours ouverture à la *Bonorum Venditio* ³.

¹ Paul, L. 4, *præm.*, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5. La fiction en vertu de laquelle l'institution est réputée inexistante n'est relative qu'aux biens héréditaires : « *Sed hoc, quantum ad bona, ita observandum.* » D'où s'il s'agit, comme dans l'espèce prévue par la Loi 4, d'un esclave institué *cum libertate*, celui-ci bénéficiera du legs de liberté qui lui est fait, comme si la condition s'était réalisée, « *etiam si certum sit, neque heredem, neque bonorum possessorem futurum.* »

² Ulpien, L. 31, § 3, Dig., *De Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

³ Gaius, III, § 78; Scévola, L. 51, Dig., *de Peculio*, XV, 1; Ulpien, L. 6, § 2, Dig., *de Re judic.*, XI, II, 1.

SECTION II

PROCÉDURE DE LA VENTE EN MASSE

Durant la première phase de la *Bonorum Venditio*, si l'on excepte le cas spécial où se présentent des actions à exercer, aucune assemblée générale des créanciers n'est *rigoureusement* prescrite ¹, et la seule démarche qu'il faille accomplir près du magistrat a trait à l'obtention de l'envoi : les actes de procédure revêtent en général un caractère purement facultatif. Dans la seconde phase, au contraire, les différentes mesures que nous rencontrons prennent un caractère plus sévère et même obligatoire, en raison de l'exécution prochaine du débiteur : aussi pouvons-nous compter nécessairement au cours de cette période deux nouvelles démarches auprès du magistrat et deux assemblées générales des créanciers.

La procédure de la *Bonorum Venditio* proprement dite, telle qu'elle nous est décrite par Gaius ² et Théophile ³, comprend trois actes distincts : 1° la nomination d'un *magister bonorum vendendorum*, accompagnée d'une nouvelle *bonorum proscriptio* : 2° la *Lex bonorum vendendorum* et sa publication ; 3° l'adjudication des biens saisis.

¹ Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 174, note 2.

² Gaius, *Inst.*, III, §§ 79 et 80.

³ Théophile, *Inst.*, *Paraphr.*, *ad præm.*, de *Success. subl.*, III, 12.

§ 1^{er}. — Du « *Magister bonorum vendendorum*. »

A l'issue des trente ou quinze jours que dure la *Missio in possessionem*, a lieu la deuxième démarche (*altera aditio* ¹) des créanciers, pour solliciter du magistrat compétent l'autorisation de faire vendre les biens par l'intermédiaire de l'un d'eux ². Si la mise en possession du patrimoine se passe, dans certains cas, de *causæ cognitio*, la mise en vente constitue un acte trop grave pour être concédée sans examen des faits ni vérification de la légitimité des droits du poursuivant : à la différence de l'envoi, la vente est donc *toujours* accordée *causa cognita* ³.

Puis les créanciers, réunis pour la première fois en assemblée générale, désignent l'un d'entre eux avec mission de liquider, sous le nom de « *magister bonorum vendendorum* » ; le patrimoine de leur débiteur ⁴. Le *magister* reçoit en conséquence des droits plus ou moins étendus, lui conférant sans doute le pouvoir d'accorder des délais ; du reste, c'est sous serment qu'il promet de

¹ Théophile, *loc. cit.*

² C. 5 et 9, C., VII, 72. L'intervention du magistrat peut s'expliquer par ce fait que l'exécution s'accomplit sans le concours du maître des biens.

³ Cic., *pro Quint.*, XVI : « *Itaque majores nostri raro id (bonorum venditionem) accidere voluerunt; prætores, ut considerate fieret, comparaverunt.* » Cic., *eod.*, XXIII et XXIV (Tambour, *op. cit.*, p. 208, note 3).

⁴ Ce *magister* éveille l'idée de nos syndics définitifs (C. de comm., art. 468-478).

ne pas outrepasser son mandat¹. Plusieurs *magistri* peuvent au besoin être nommés².

Mais le *magister bonorum vendendorum* que mentionnent Gaius et Théophile, se trouve-t-il investi de l'unique mission de vendre, ou bien ne fait-il qu'un avec le *curator*, dont nous avons parlé en traitant de la *Missio in possessionem* et que nous retrouvons au Digeste? La question, intéressante à un point de vue plutôt théorique que pratique, a été dans l'un et l'autre sens résolue.

Le silence de Gaius et de Théophile à l'endroit du *curator* et, à l'inverse, celui du Digeste relativement au *magister*, ont conduit certains commentateurs à penser que le *curator* et le *magister* se confondaient en une même personne, ou plus exactement que le système de la *Bonorum Venditio* comportait simplement la nomination d'un *magister*, transformé plus tard en *curator* et chargé de l'administration et de la vente des biens tout à la fois; c'est ce qu'exprimerait cette définition du *magister* : « *Cui præcipua cura rerum incumbit, et qui magis quam cæteri, diligentiam et sollicitudinem rebus quibus præsumt, debent, hi magistri appellantur*³. » Le *magister* serait, sous l'empire de la procédure formulaire, ce qu'est le *curator distrahendis bonis* dans la période extraordinaire, et les textes relatifs à la *Bonorum Venditio* auraient subi une altération de la part des commissaires de Justinien qui, pour conformer à la législation

¹ Cic., *Epist. ad Famil.*, XII, 30 : « *A magistris cum contenderem de proferendo die, probaverunt mihi sese, quominus id facerent, et compromisso et iurejurando impediri.* »

² Cic., *ibid.*; et *pro Quint.*, XV.

³ Paul, L. 37, Dig., de *Verb. signif.*, L, 46.

nouvelle la rédaction des Pandectes, se seraient vus en demeure de substituer le mot « *curator* » dans les passages portant l'expression de « *magister* »¹.

Nous croyons, au contraire, suivant en cela l'opinion commune des auteurs², que, à l'époque formulaire, il y avait réellement ou du moins qu'il pouvait y avoir, à côté du *magister* chargé spécialement de la vente, un *curator* chargé uniquement de l'administration.

Ni Gaius ni Théophile ne mentionnent, il est vrai, la nomination d'un curateur ; mais le texte de l'un nous est parvenu mutilé, et l'autorité de l'autre, comparée à celle de son devancier, paraît à tout le moins contestable, témoin les nombreux désaccords que l'on relève entre les deux jurisconsultes³. Du reste, si, comme nous le pensons, les fonctions de curateur n'ont trait qu'à l'administration, elles étaient sans intérêt pour Gaius et Théophile qui, supposant écoulé le temps de la *missio in possessionem*, s'occupent de la *Bonorum Venditio* simplement à titre de succession prétorienne⁴.

¹ Sic Pothier : « *Jam circa magistros proscribendis bonis præpositos, et circa curatores, qui his successerunt. Quædam.....* » (*de Cur. bon. dand.*, XLII, 7, n° III) ; et Cujas (*ad Leg.* 57, *de Verb. signif.*). Toutefois, dans son Commentaire sur Paul, *ad Edictum*, liv. LIX (Loi 14, *de Reb. auct. jud.*), Cujas semble admettre une distinction entre le curateur et le *magister*.

² Muhlenbruch, *Doctrina Pandectorum* ;

Accarias, t. II, n° 483, p. 174, texte et note 1 ;

Ortolan, t. III, n° 1165, pp. 115-116 ;

Demangeat, t. II, p. 156 ;

Tambour, t. I, pp. 185-188 et 213-214 ;

Maynz, t. II, § 299, p. 603, texte et note 52 ;

Zimmern, §§ LXXIX et LXXXI, trad. d'Etienne, pp. 246 et 250.

³ Demangeat, t. II, p. 156 *et seq.*

⁴ Tambour, *op. cit.*, p. 186.

Par ailleurs, comme à l'époque de Justinien la même personne administre et procède à la vente, il est à croire que bon nombre de textes originaux ont été retouchés au Digeste, et que, en certains passages applicables à la *Bonorum Venditio*, le personnage chargé de poursuivre la vente se trouve désigné sous le nom de « *curator*. »

Mais si le double rôle d'administrateur et de vendeur repose sur la même tête sous l'empire de la procédure extraordinaire, il constitue antérieurement deux fonctions séparées : la preuve en est dans l'impossibilité pour le *magister* d'administrer au cours de la *Missio in possessionem*. La nomination du *magister* est en effet postérieure aux délais de l'Envoi¹ ; or, il semble étrange qu'elle ne se produise pas durant la période où l'intervention d'un administrateur est le plus nécessaire. De plus, le *magister* nous est présenté dans les textes de Gaius, de Théophile et de Cicéron, comme uniquement chargé de diriger et d'effectuer la vente² ; et c'est, non point au *magister* administrateur, mais au *magister* VENDEUR, que se rapporte la définition du jurisconsulte Paul, dans la loi 57, de *Verborum significatione*. Les actes d'administration seront ainsi accomplis au cours de la *missio in possessionem*, par le *curator* qui, lui, reçoit le

¹ Gaius, *loc. cit.* (arg. du mot : « *postea* »), et Théophile, *loc. cit.*

² C'est en effet à la vente que la nomination du *magister* est rattachée par Gaius (*loc. cit.*), Théophile (*loc. cit.*) et Cicéron, *pro Quint.*, XV : « *Magistri fiunt, et domini constituuntur, qui, qua lege et qua conditione pereat, pronuntiant.* » — *Ad Attic.*, I, 1 : « is, quem putabant magistrum fore, si bona venirent. » — *Ibid.*, VI, 1 : « de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis, quæ ex edicto et postulari et fieri solent. »

seul mandat d'administrer. En effet, d'après certains textes purs de toute interpolation, l'administration des biens nous apparaît, dans des hypothèses ne comportant pas leur vente, comme pouvant être confiée à un *curator* qui n'est évidemment pas la personne désignée par Gaius et par Théophile sous la dénomination de « *magister* » ; par exemple, à propos d'un envoi en possession en faveur d'une cité, il est dit : « ... *Tres curatores constituerunt, qui apud Græcos ἐπιμεληταί, id est, CURATORES vocantur* ¹ » ; de même, l'envoi en possession du patrimoine d'un captif est permis : « *Ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur* ² » ; comment douter enfin de la coexistence des deux personnages, en présence de ce passage : « ... *Curator bonis constituendus erit, aut bona vendenda* ³ ? » Et on comprend alors que, à la différence du *magister*, un *curator* puisse être nommé dès le jour même de l'ordonnance d'envoi, s'il survient à cette date un acte de gestion qu'il soit urgent d'opérer ⁴.

D'autres différences non moins saillantes séparent encore le *magister* du *curator* : l'existence du *magister* est obligatoire, toutes les fois qu'il y a lieu de recourir à la vente, tandis que celle du *curator* est facultative, à l'exception du cas où il s'agit d'actions à exercer ⁵ ; le

¹ Paul, L. 46, § 1, Dig., de Administ. et peric. tut., XXVI, 7.

² Paul, L. 6, § 2, Dig., Quib. ex caus., XLII, 4.

³ Paul, L. 1, § 1, Dig., de Cur. bon. dand., XLII, 7. Contrairement à l'avis de Cujas (ad Leg. 57, de Verb. signif.), nous appliquons encore au *curator*, et non au *magister*, la loi 2 d'Ulpien, eod. tit., parce qu'il y est question d'actes de gestion à exercer.

⁴ V° supra, p. 201.

⁵ V° supra, pp. 201 et suiv.

magister est nommé directement par les créanciers munis d'une autorisation du magistrat¹, au contraire, le *curator* est nommé par le magistrat sur la présentation des créanciers (*ex consensu majoris partis creditorum*²); le premier est nécessairement choisi parmi les créanciers (*unus ex numero creditorum*³), tandis que le second peut se trouver un étranger⁴; enfin, les fonctions de l'un, à la différence de l'office de l'autre⁵, se terminent de plein droit le jour même de l'adjudication des biens⁶.

Notre conclusion est donc que le *magister* et le *curator* constituent, avant la législation justinienne, non point une même personne, mais deux agents investis d'une mission différente d'après une réglementation spéciale à chacun.

Quoi qu'il en soit, il ressort de la formule de *Proscriptio* rapportée par Théophile, que la nomination du *magister* se trouve suivie de nouvelles publications. Ces affiches supplémentaires servent encore à rappeler au public et aux créanciers retardataires la mise en vente du patrimoine saisi; mais elles tendent surtout à faire connaître la nomination du *magister*, car cette nomination intéresse quiconque se propose d'acheter⁷.

¹ Sic Gaius et Théophile (*loc. cit.*)

² V° *supra*, p. 201.

³ Gaius et Théophile (*loc. cit.*); adde Cic., *ad Attic.*, I, 1 : « *Una agebant cæteri creditores in quibus.... is quem putabant magistrum fore, L. Pontius.* »

⁴ V° *supra*, p. 202.

⁵ V° *supra*, p. 204.

⁶ Arg. Gaius, III, 81, et IV, 65. (V° *infra*, p. 285).

⁷ Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 174, note 2 *in fine*.

§ 2. — De la « *Lex bonorum vendendorum*. »

C'est spécialement au moment où nous sommes arrivés, que devaient se produire certaines demandes qui apparaissent souvent comme des incidents de la *Bonorum Venditio*, et qui ont pour but de faire distraire de la masse des biens des valeurs qui s'y trouvent comprises, ou de créer à certains créanciers une situation privilégiée. A ce dernier point de vue, des personnes pouvaient prétendre, au moyen d'une *vindicatio utilis*, un droit de propriété sur des choses dont elles n'étaient pas propriétaires : c'étaient celles dont la créance avait été employée par le *defraudator* pour ses besoins personnels; l'impossibilité de restituer ce qui avait été détourné en fraude transformait le droit personnel du créancier en un droit réel, opposable à tous les autres ayants-droit, et affectant l'objet soustrait ou celui acquis en remplacement. Par exemple, quand une femme avait été obligée, par une circonstance fortuite, de révoquer la donation qu'elle avait faite à son mari actuellement insolvable, elle avait le droit de se faire attribuer, en manière d'indemnité, les choses acquises avec son argent et existant encore en nature¹; le pupille avait de même la faculté de revendiquer, au cas d'insolvabilité de son tuteur, le terrain acquis au prix de ses deniers²;

¹ Paul, L. 55, Dig., de *Donat. inter vir. et uxor.*, XXIV, 4.

² Ulpien, L. 2, Dig., *Quando ex facto tut.*, XXVI, 9.

les militaires disposaient de la *vindicatio utilis* sur les choses achetées avec leur argent personnel¹, etc.

Le choix du *magister* devient le point de départ d'un délai, que Théophile mentionne uniquement par ces mots : « *paucis diebus elapsis*. » A l'expiration de ce nouveau laps de temps intervient la troisième démarche (*tertia aditio*) des créanciers auprès du magistrat, pour passer à la rédaction et à la publication d'un règlement appelé : « *Lex bonorum vendendorum* » ; puis a lieu la deuxième assemblée générale des créanciers².

Sous la présidence du *magister*, dont la participation à la confection de la *Lex* est certaine³, les créanciers arrêtent, d'un commun accord, les conditions de la vente. Mais au cas de divergence, quelle est la majorité requise pour trancher le différend ? On ne sait ; cependant on aurait tort de calculer cette majorité, comme pour le pacte de remise accordé par les créanciers à l'héritier de leur débiteur : car ces règles, en l'absence de textes précis, semblent exceptionnelles et, comme telles, de droit étroit⁴.

Au dire de Théophile, la *Lex* doit être portée à la connaissance du public par des affiches supplémentaires, ajoutées aux précédentes *proscriptiones*, et conçues à peu

¹ Philippe, C. 8, C., de *Rei vindic.*, III, 32. Cf. Vainberg, *op. cit.*, pp. 167 et 168.

² Gaius passe sous silence la formalité de la *Lex*, mais on doit y suppléer par les indications que nous fournit Théophile.

³ Cicéron (*pro Quint.*, XV) caractérise ainsi les *magistri* : « Les voilà établis comme des maîtres qui prononcent sous quelles lois et à quelles conditions le débiteur va périr. »

⁴ V° *supra*, pp. 124 et 125.

près en ces termes : « *Ea quicumque emerit, creditoribus in dimidiam partem eorum quæ ipsis debentur, respondere debet, sicut cui centum aurei debentur accipiat quinquaginta, et cui ducenti, accipiat centum*¹. »

Des auteurs, donnant à cette formule une interprétation littérale, ne voient dans la *Lex* que les simples dehors d'une mise à prix². A quoi bon, disent-ils, insérer la consistance de l'actif, alors qu'il demeure impossible de garantir l'acheteur contre les revendications éventuelles ? De même, par suite du caractère occulte de l'hypothèque romaine, un état des hypothèques ne pourrait être dressé que sur la déclaration préalable des intéressés : or, la théorie de l'action Servienne ne comporte pas la mention d'une cause d'extinction de l'hypothèque tenant à un défaut de publicité en matière de *Bonorum Venditio*. Quant à la rédaction d'une liste des créanciers, aucun texte n'y fait allusion, et nulle part ne se rencontre de délai fixé pour la production des créances, à peine de déchéance des créanciers retardataires. La *Lex* constitue donc une simple mise à prix, et l'acheteur un pur spéculateur qu'une opération aussi aléatoire couvre d'un juste discrédit.

Malgré la valeur d'un tel système, rigoureusement conforme au texte de Théophile, nous croyons que la *Lex* est plus qu'une mise à prix : c'est une sorte de

¹ Théophile (*loc. cit.*). Des annonces verbales devaient probablement encore être faites par le crieur public (*præco*), avant la vente (Cic., *pro Quint.*, XV). Sic Zimmermann, *op. cit.*, § LXXIX, trad. d'Etienne, p. 247, note 34.

² Sic Zimmermann, *op. cit.*, § LXXIX, trad. d'Etienne, p. 247, note 32 ; Bachofen, *Richt. Jahrb.*, VI, p. 988 ; Dernburg, *Ueber die Emptio bonorum*, p. 127.

cahier des charges contenant, quoique d'une manière incomplète, tous les renseignements qui peuvent éclairer les acheteurs, et les mettre en mesure de voir si la mise à prix correspond à la valeur réelle des biens, s'ils se trouvent en force de l'accepter ou même de faire des offres supérieures ¹.

La *Lex* comprend donc, outre la mise à prix et les conditions de paiement ou de garantie imposées à l'acquéreur, la désignation des biens à vendre, leur état de conservation, l'indication des revenus des immeubles, la liste des créanciers purs et simples, à terme ou conditionnels ², enfin la fixation du montant et, *autant que possible*, de la qualité privilégiée ou hypothécaire des créances.

L'utilité de l'inventaire pour l'acheteur n'est pas à démontrer. On portera peut-être dans la *Lex*, comme « belle et bien bâtie », une villa qui souvent n'est ni l'un ni l'autre ³, ou bien le loyer en sera majoré ⁴; mais ces exagérations pompeuses et même mensongères ne sont contraires pour les Romains ni aux lois de la probité, ni aux règles du droit, car l'usage les a tellement fait passer dans le style, que personne n'est assez simple pour s'y laisser prendre ⁵.

¹ Sic Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 173; Vainberg, *op. cit.*, p. 279; Tambour, *op. cit.*, p. 215; Demangeat, *op. cit.*, t. II, p. 157; Keller, *des Actions*, trad. de Ch. Capmas, p. 409; Huschke, *Ueber das Recht des Nexum*, p. 156; Puchta, *Cursus der Institutionen*, § 179.

² Gaius, IV, § 67 (*V° supra*, pp. 141-143).

³ Cic., *Offic.*, III, 13.

⁴ Cic., *pro Cælio*, 7.

⁵ Cic., *Offic.*, III, 17 : « Hoc video propter depravationem consuetudinis, neque turpe haberi, neque aut lege sanciri, aut jure civili. »

La détermination exacte du montant des créances intéresse tout à la fois l'acheteur et les créanciers. Nous constaterons, en effet, que les engagements de l'acheteur varient en raison inverse du passif qui grève le patrimoine du débiteur, que par conséquent ses offres sont d'autant moindres que plus fort est le chiffre des créances : acheteur et créanciers ont ainsi un intérêt manifeste à ce que la somme des créances ne soit pas exagérée. Pour prévenir tout essai de majoration, y a-t-il une véritable procédure de vérification ou d'estimation *en justice*? Les textes sont muets sur ce point : la négative paraît cependant vraisemblable, pour ce motif, développé au chapitre suivant, que les créanciers conservent contre l'acquéreur les actions dont ils jouissaient vis-à-vis du débiteur antérieurement à la vente ; or une action ne s'exerce pas deux fois ¹. Néanmoins, il est à croire que le *magister* vérifie les créances d'une façon sommaire et toute provisoire, afin d'éclairer, dans la mesure du possible, l'acheteur sur l'importance probable des paiements qu'il aura l'obligation d'effectuer² ; sans quoi, l'opération deviendrait trop aléatoire, partant impossible à réaliser.

Enfin, la connaissance de la qualité des créances importe à l'acheteur, à qui les privilèges et hypothèques demeurent, nous le verrons, opposables pour le tout ³.

¹ Contra Stieber, *de Bonorum emtione*, p. 61 et seq., Giraud (*op. cit.*, p. 149), pour lesquels le bénéfice de la vente revient exclusivement aux créanciers qui ont obtenu un titre exécutoire par la conversion de leurs créances, incertaines ou déterminées, en *judicata*.

² Sic Bonjean, *des Actions*, t. II, p. 553, note 4 *in fine*. Cf. art. 491 et suivants de notre Code de commerce.

³ *Infra*, pp. 286-288.

Si donc il est intéressant pour l'acquéreur de connaître le *quantum* et la qualité des dettes afin de déterminer son prix d'achat, doit-on dire, pour le préserver de toute méprise, que les créanciers qui n'auront pas produit leurs titres avant la rédaction définitive de la *Lex*, seront forclos du droit de prétendre leur part dans les bénéfices de la vente? On peut le conjecturer, du moins en ce qui regarde les rapports des créanciers chirographaires avec l'acquéreur: autrement, les risques de voir surgir à un certain moment une avalanche de créanciers inconnus seraient tels, qu'aucun amateur ne se présenterait. Mais, vis-à-vis du débiteur, les créanciers retardataires n'encourent point de déchéance, puisque nous les verrons être armés, après la vente, des mêmes actions dont ils étaient investis auparavant contre lui¹.

¹ *Infra*, p. 285 et seq. Sic Bonjean, *des Actions*, t. II, p. 554; Tambour, p. 246. Comme aucun texte ne traite de ces forclusions, Accarias (t. II, p. 178, note 2) et Demangeat (t. II, p. 157) émettent une opinion différente que nous résumons ainsi: « Les créanciers retardataires n'ont aucune action contre l'acheteur, ni même *en principe* contre le *magister*, celui-ci n'ayant été ni leur mandataire ni leur gérant d'affaires; mais ils possèdent, soit l'action *negotiorum gestorum* contre les créanciers présents si ces derniers se sont comportés à leur égard en gérants d'affaires, soit une action *in factum* contre les créanciers présents si ceux-ci ont cru être seuls créanciers, soit une action *in factum* contre le *magister* encore nanti des deniers que lui a versés l'adjudicataire pour être répartis entre les créanciers connus. Tout ce qui résulte de l'absence pour les créanciers, c'est de ne pouvoir exercer d'influence ni sur la nomination du *magister*, ni sur la rédaction de la *Lex* ». Malheureusement, les Lois 22, § 10, Dig., *Mandat.*, XVII, 1, et 5, de *Cur. bon. dand.*, XLII, 7, sur lesquelles se base ce système, prévoient l'hypothèse d'une *Bonorum Distractio*, et non celle d'une *Bonorum Venditio* (*Infra*, p. 283).

§ 3. — De l'Adjudication des biens.

Il nous reste à étudier ici le délai, le lieu, la forme de l'adjudication, la personne de l'adjudicataire et le prix d'achat.

A. — Du Délai d'adjudication.

L'adjudication des biens intervient après un délai que Théophile omet de préciser, mais qui, au dire de Gaius, est de trente ou de vingt jours, selon que le débiteur vit encore ou qu'il n'existe plus¹.

Le manuscrit du jurisconsulte renferme une faute évidente dans les chiffres qui y sont portés. Peut-être le délai comprenait-il un intervalle de quarante jours pour le patrimoine des vivants, réduit à vingt relativement au patrimoine des morts². Plus vraisemblablement, croyons-nous, un laps de trente ou de quinze jours devait être observé suivant l'existence ou le décès du débiteur³ : nous aboutissons de la sorte à un délai de même étendue que celui que nous avons relevé entre

¹ Gaius, III, § 79 : « *Itaque si vivi bona veneant,.... ri jubet, si mortui, in dimidio diebus ita vivi bona XXX, mortui vero XX emptori addici jubet. Quare autem tardius viventium.....* » (D'après la dernière recension de Studemund).

² Sic Studemund et Krieger, dans leur édition de Gaius à l'usage des écoles.

³ Sic Zimmern, § LXXIX, note 33, trad. d'Étienne, p. 247.

la concession de l'envoi aux créanciers et leur demande en autorisation de nommer un *magister* ¹.

Par suite des lacunes que présente le manuscrit de Gaius et surtout du défaut de mention de la *Lex bonorum vendendorum*, une autre incertitude entoure le point de départ de ce nouveau délai. Est-ce en réalité le jour de la rédaction définitive de la *Lex* ? n'est-ce pas plutôt celui de la nomination du *magister* ? Cette dernière solution est certainement plus conforme au texte de Gaius ; car le jurisconsulte indique le délai de l'adjudication dans la phase qui suit immédiatement celle où il mentionne la nomination du *magister*.

Quoi qu'il en soit, ce nouveau délai constitue un dernier répit, accordé au débiteur pour faire cesser l'envoi (*dejicere libellum*), soit en personne, soit par l'intervention d'un tiers ² ; de plus, comme les précédents, il peut être prorogé, parce qu'il fixe seulement un minimum absolu en faveur du saisi ³.

¹ V° *supra*, p. 176. Beaucoup trop savante nous semble la reconstitution du § 79 que préconise Giraud dans sa monographie des *Nexi* (p. 146) et dans son *Novum Enchiridion juris romani* (édit. 1873, p. 223). Voici la pensée de l'auteur : après la nomination du *magister*, les créanciers avaient dix jours pour rédiger la *Lex*, à l'issue desquels le magistrat approuvait cette *Lex* et autorisait la vente dans les vingt jours suivants ; au cas de mort du débiteur, les délais étaient abrégés de moitié.

² LL. 3 et 5, Dig., de *Cess. bon.*, XLII, 3 ; C. 2, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71 ; L. 33, § 1, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

³ Keller, *des Actions*, § LXXXV, note 1058, trad. de Capmas, p. 408. Cf. *supra*, pp. 177-178.

B. — *Du Lieu de l'adjudication.*

Le principe qui régit le lieu de l'adjudication, est qu'on doit vendre là où l'on peut poursuivre le débiteur : « *Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet* ¹ », c'est-à-dire soit au lieu du contrat qui occasionne les poursuites, soit au lieu convenu pour son exécution ², soit plus généralement encore au lieu du domicile du débiteur (*forum domicilii*) ³. En conséquence, ce qui détermine le lieu de la vente, ce sont les règles de compétence pour l'exercice de l'action.

Que le domicile du débiteur, par exemple, fixe le lieu de la vente, lorsqu'il se trouve à l'endroit même où les biens sont situés, cela se comprend ; mais, dans le cas contraire, ne doit-on pas dire que le lieu de la vente est le lieu de la situation de chacun des biens ? Non : le caractère d'unité, d'indivisibilité de la *Bonorum Venditio* exige que la vente soit accomplie en un seul et même endroit ; car, c'est moins à tel ou tel bien qu'elle s'applique, qu'à l'ensemble des droits composant la personnalité juridique du débiteur. Lors donc qu'il se rencontre des objets répartis dans des provinces différentes, l'adjudication ne s'opère pas dans chaque endroit où ils se trouvent, mais dans un même lieu, qui est inva-

¹ Gaius, L. 1, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 3.

² Gaius, L. 3, Dig., *eod. tit.*

³ Paul, L. 2, Dig., *eod. tit.* (*Supra*, p. 152). — Nous retrouvons les mêmes principes dans notre Code civil (art. 1247, 1264 et 1609).

riablement déterminé d'après les règles de compétence en vigueur pour actionner le débiteur.

C. — *De la Forme de l'adjudication.*

Les créanciers ne sont pas tenus d'assister à l'adjudication : le *magister* y procède en leur nom.

Il est non moins certain que la *hasta* ne se dresse point à l'endroit de la vente : nous verrons en effet que, à la différence de la *Bonorum Sectio*, la *Bonorum Venditio*, pure création du prêteur, ne transfère à l'adjudicataire qu'une simple propriété prétorienne, et non pas le *jus Quiritium*, dont la lance est le symbole ¹.

Une question moins tranchée est celle de savoir si la vente se fait ou non aux enchères publiques. Aucun texte ni de Gaius, ni de Théophile, ni des Pandectes n'impose aux créanciers la formalité des enchères ; par ailleurs, aucun ne prohibe formellement la vente à l'amiable : la question reste donc entière.

Il y a cependant lieu de penser que, au temps de Cicéron, l'usage préconisait la voie des enchères : outre l'analogie qui ressort entre la *Venditio* et la *Sectio*, certains passages du *pro Quintio* favorisent cette manière de voir ².

Mais, plus tard, n'a-t-on point dérogé au mode précédemment établi ?

¹ Stieber, *op. cit.*, § 7.

² Cic., *pro Quint.*, XV : « *Etiam victus vestitusque necessarius sub præconem cum dedecore subjectus est..... De quo homine præconis vox prædicat, et pretium conficit.* »

Des auteurs, dont les conjectures tendent à prévaloir, reconnaissent au *magister* le pouvoir de traiter à l'amiable¹, et, pour cela, la plupart argumentent d'un texte de Théophile ainsi conçu : « *Cum molestum esset omnes quotidie in unum coire, unum ex numero suo creabant, qui magister dicebatur : et ille cum iis qui emere vellent CONTRAHEBAT.* »

Tel ne nous paraît pas le système préférable : nous croyons, au contraire, que la vente en masse a toujours lieu aux enchères publiques².

Que signifie, en effet, le passage de Théophile ? A coup sûr, le mot : « *contrahere* » ne saurait exprimer que l'acheteur ne s'obligeait pas envers les créanciers, mais qu'il contractait avec le *magister* seul et qu'il devenait son débiteur ; nous démontrerons plus loin l'erreur de ce système, qui aboutit à reconnaître au *magister* la double fonction de recevoir le prix de vente et de le répartir entre qui de droit³. Le texte de Théophile n'a trait qu'à la substitution du *magister* aux créanciers : il reste absolument étranger à la forme de la vente. A l'origine, y est-il dit, les créanciers réunis communi-

¹ Sic Accarias, *op. cit.*, t. II, n° 483, pp. 175 et 176 : « La vente pouvait se faire aussi bien à l'amiable qu'aux enchères, et tout ici dépendait de l'appréciation des créanciers. » Cette idée paraîtra d'autant plus juste, que les Romains réglementaient bien moins que nous les actes *purement* privés. (En ce sens, Gavouyère, à son cours.)

² Sic Keller, *des Actions*, § LXXXV, trad. de Ch. Capmas, p. 408 ; Demangeat, *op. cit.*, t. II, p. 158 ; Maynz, *op. cit.*, t. II, § 299, p. 604 ; Vainberg, *op. cit.*, p. 279.

³ V° *infra*, p. 282 et seq. Contra Accarias, *op. cit.*, t. II, n° 483, p. 176, note 1.

quaient directement avec l'acheteur; mais ces assemblées leur devinrent à charge : ils les abolirent donc par l'institution d'un *magister* qui devint leur représentant. Le *magister* reçut le pouvoir de traiter avec les acquéreurs, c'est-à-dire de se mettre en rapport avec eux, d'échanger des aperçus, de recevoir les offres d'achat, les mises à prix, etc. : ce qui ne veut pas dire du tout qu'il pût avec eux traiter de gré à gré, effectuer la vente¹. Du reste, les doutes qui enveloppent la portée du texte invoqué, empêchent d'émettre, sur la foi de cet unique passage, la possibilité d'une vente à l'amiable.

Les divers actes de procédure de la *Bonorum Venditio* viennent encore renforcer notre thèse : pourquoi ces formalités préliminaires, telles que nomination d'un *magister*, appositions d'affiches, rédaction d'un cahier des charges ? Ce seraient de véritables non-sens, si elles n'avaient été suscitées par l'habitude, pour ne pas dire par l'obligation légale, de vendre publiquement aux enchères.

Enfin, si on considère, comme nous le verrons bientôt, que le patrimoine saisi doit être adjugé *au plus offrant*, il semble difficile de rencontrer dans une simple vente amiable les mêmes garanties, que celles résultant d'une adjudication faite aux enchères publiques. En effet, au cas de vente à l'encan, le crieur, monté sur une estrade², annonçait le prix et les autres conditions inhérentes à l'adjudication³; puis il mettait les objets

¹ Cf. Tambour, *op. cit.*, p. 216.

² Plaut., *Bacc.*, IV, 7, 17 : « *In eo ipso adstas lapide, ubi præco prædicat.* »

³ Cic., *pro Quint.*, XV : « *Præconis vox.... pretium conficit.* »

aux enchères¹, stimulait les convoitises des amateurs au point de se rompre la gorge², et entre temps reposait l'attention par d'insignes facéties³; le patrimoine était enfin adjugé à celui qui, de la tête ou de la main⁴, avait acquiescé au plus haut prix proclamé par le crieur, si toutefois ce dernier enchérisseur offrait des garanties suffisantes de solvabilité. Le grand avantage de l'adjudication aux enchères consiste donc dans l'assurance de ne céder les biens qu'au taux le plus élevé. Cette forme est celle que revêt la vente en matière de *Bonorum Venditio*; les intérêts respectifs des créanciers et du débiteur, que la faveur des enchères sauvegarde autrement qu'un accord de gré à gré, prouvent surabondamment le bien fondé de notre thèse.

D. — De l'Adjudicataire.

Toute personne, étrangère ou non à la déconfiture ou à la famille du débiteur, fût-ce même une société, peut se porter acquéreur, et celle-là est déclarée *bonorum emptor* qui a mis l'enchère la plus élevée.

A égalité d'offres, certains droits de préemption ont été organisés. Ainsi, de deux acheteurs, celui qui est créancier doit être préféré; entre créanciers, celui-là

¹ Plaut., *Stichus*, II, 1, 68 : « *Vendo, agite, licemini.* »

² Apul., *Met.*, VIII, p. 709 : « *Quum præco disruptis faucibus et rauca voce saucius.....* »

³ Martial, *Epigram.*, I, 85 : « *Præco facetus.* »

⁴ Suet., *Caligula*, 39 : « *Capitis motu nutantes* » et Cic., *Verr.*, act. II, l. I, 54 : « *Digitum tollit.* »

l'emporte dont la créance est la plus forte; entre non-créanciers, la préférence appartient au parent (*cognatus*) sur l'étranger¹; enfin, si aucun des acquéreurs n'est parent du débiteur, l'*emptor* est vraisemblablement celui qui présente les meilleures garanties². Bien entendu, les contestations qui viennent à s'élever sur le choix de l'adjudicataire sont tranchées par le magistrat³.

Faute d'acheteurs, peut-être procédait-on, en présence du magistrat, à une série de ventes particulières. En vertu de cette *auctio rerum singularum* qui est un mode d'acquérir créé par le droit civil, l'acquéreur obtient le *jus Quiritium*, et par conséquent il se trouve dispensé de recourir à l'usucapion pour assurer son droit de plein propriétaire⁴.

E. — Du Prix d'adjudication.

Nous savons que, en matière de *Bonorum Sectio*, la mise à prix, sur laquelle s'engagent les enchères, est

¹ Gaius, L. 15, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5. Nous rencontrons ici, quoique sous une forme restreinte, le retrait lignager. Tambour (*op. cit.*, p. 217, note 1) en conclut que l'idée de conservation des biens dans les familles n'était pas complètement étrangère au droit romain : la chose est possible, mais on s'étonnera justement que, dans le texte cité, le créancier passe avant le parent du débiteur.

² Atcarias, *op. cit.*, t. II, p. 176.

³ Keller, *des Actions*, § LXXXV, trad. de Ch. Capmas, p. 409; Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 604, note 58.

⁴ Cf. Pothier, *Pandect.*, 42-7, n° 1, *in fine*, et L. 41-4, *pars prima*, *append.*

fixe, de telle sorte que l'acquéreur se rend débiteur d'une somme déterminée. Dans la *Bonorum Venditio*, au contraire, les enchères portent, du moins en principe, sur un dividende, et l'adjudicataire est la personne qui s'engage à fournir la plus forte quote-part à chaque créancier; la formule de la *Lex bonorum vendendorum* ne laisse aucun doute à cet égard.

Comment expliquer une semblable différence? C'est que les individus dont le fisc fait vendre à l'encan le patrimoine, sont le plus souvent en possession d'un actif supérieur à leur passif, tandis que les particuliers dont les biens sont vendus à la requête de leurs créanciers, se trouvent en général notoirement insolvables; voilà pourquoi le prix d'adjudication consiste, d'un côté en un prix ferme, évalué en espèces, et de l'autre en une fraction des dettes à solder¹.

La promesse de rembourser une quote-part des créances s'explique à merveille, lorsqu'on vend le patrimoine d'un insolvable; mais il peut se présenter telles hypothèses, où l'actif du débiteur excède ou même égale son passif, par exemple au cas de vente des biens d'un incapable *indefensus*, et alors la règle d'un tant pour cent ne se comprend plus. En pareille circonstance, l'adjudication s'effectue à un prix fixe, exprimé en unités monétaires, et le surplus du prix, après le paiement intégral des créances, revient au débiteur exproprié; telle est, en effet, la solution que donne Ulpien spécialement pour la vente des biens d'un fou, et pour

¹ Tambour, *op. cit.*, pp. 112 et 218.

celle d'une succession dévolue à un *heres suus* impubère qui use du bénéfice d'abstention ¹.

D'une manière plus générale, le débiteur qui n'est pas insolvable et dont la vente se trouve exceptionnellement faite « *pour un prix de.....* », doit-il toujours recueillir l'excédent du prix d'adjudication, lorsque ses créanciers ont été intégralement désintéressés? Peut-être serait-on tenté d'attribuer ce reliquat à l'*emptor* : car enfin, si le débiteur était solvable, que n'a-t-il épargné à ses créanciers les ennuis, les lenteurs et les frais de la *Bonorum Venditio*? Il ne se trouve victime, après tout, que de sa propre négligence; et par ailleurs, si les personnes en tutelle ou en curatelle, gratifiées déjà de très nombreux privilèges, bénéficient encore du surplus du prix d'achat, c'est donc que, dans les cas ordinaires, cet excédent passe en d'autres mains que celles des débiteurs, l'exception confirme la règle. Une pareille opinion semblera tout au moins souverainement injuste. Aussi, par analogie des dispositions relatives au fou et au pupille, nous dirons que le débiteur dont la somme des dettes n'atteint pas le montant du prix de vente, doit toucher la différence; et notre manière de voir est d'autant plus juridique que, dans l'espèce, nous faisons du *magister* le *negotiorum gestor* du débiteur ².

¹ Ulpien. L. 7, § 11, Dig., *Quib. ex caus.*, XLII, 4; « *Ita autem vendenda, ut quod supersit, furioso detur.* » Paul, L. 6, *præm.*, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5; « *Prætor bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit, pupillo restituitur.* »

² En ce sens, Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 176; Gavouyère, à son cours; Tambour, *op. cit.*, p. 218 : La règle était en effet la même au cas de vente à la requête du fisc (Paul, L. 45, § 12, Dig., *De jure fisci*, XLIX, 14).

SECTION III

EFFETS DE LA VENTE EN MASSE

Bien que la *Bonorum Venditio* proprement dite, toujours autorisée *causâ cognitâ*, soit dans la plupart des cas régulièrement accomplie, il se peut qu'un défaut de droit chez le poursuivant ou l'inobservation des formes et délais prescrits vienne l'entacher d'illégalité. Dans ces circonstances, la vente n'est pas nulle de plein droit, elle est seulement annulable à n'importe quel instant de la procédure, l'adjudication serait-elle consommée. Le *reus*, dispensé de recourir à l'empereur, introduira une demande en nullité, soit dans la forme d'une instance ordinaire *per sponsionem* à l'époque de Cicéron¹, soit, plus tard, au moyen d'une action préjudicielle appelée : « *Præjudicium an bona jure venierint* »² ; il obtiendra ainsi la rescision des actes de procédure et même de l'adjudication effectués, sans préjudice des actions ordinaires, de l'action d'injures par exemple,

¹ Arg. Cic., *pro Quint.*, XXVII.

² Conformément au rescrit de Marc-Aurèle et Verus, rapporté par Papirius Justus dans la loi 30, Dig., *de Reb. auct. jud.*, (XLII, 5) : « eos qui bona sua negant jure venisse, præjudicio experiri debere, et frustra principem desiderare rescindi venditionem. » Adde Ulpien, L. 7, § 3, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

auxquelles peut donner lieu le fait délictueux des créanciers ¹.

Régulièrement conduite, la *Bonorum Venditio* entraîne, en principe tout au moins, un simple déplacement de relations. A la condition juridique du débiteur se trouve en effet substituée la personnalité de l'adjudicataire, et les rapports qui liaient avec l'un les créanciers se trouvent renoués avec l'autre. Point de novation ne résulte de ce changement; si le débiteur est remplacé, ses créances et ses obligations demeurent identiques, et les actions qu'elles ont engendrées restent entières, afin d'être exercées dans les mêmes conditions pour ou contre l'acheteur.

Ces données préliminaires nous permettent de ranger les effets de la *Bonorum Venditio* en trois paragraphes, relatifs au débiteur que l'on dépouille de son patrimoine, à l'adjudicataire qui en est investi, et aux créanciers, véritables bénéficiaires de l'adjudication.

§ 1^{er}. — Effets à l'égard « du débiteur. »

Les effets de la vente en masse concernent soit les biens, soit la condition civile et politique du débiteur : ils se résument pour lui en une expropriation universelle et, ordinairement aussi, en une marque d'infamie.

¹ Arg. *a fortiori*, tiré de Gaius, III, 220, et d'Ulpien, L. 15, § 33, Dig., *de Injur.*, XLVII, 40.

A. — *Expropriation du débiteur.*

Partiel après l'envoi, le dessaisissement devient radical en vertu de l'adjudication des biens. Quelle qu'ait été la cause de la vente, absence, condamnation judiciaire ou cession, peu importe, la personnalité juridique de l'insolvable, même de bonne foi, disparaît : l'universalité de ses droits réels et personnels lui est retirée ; l'expropriation constitue une sorte de mort civile, qui le fait assister de son vivant à sa propre succession.

Le débiteur, disons-nous, perd l'ensemble de ses droits réels : non pas cependant d'une manière absolue, car, en raison de l'origine prétorienne de la *Venditio*, il ne peut être dépouillé que *jure prætorio* ; aussi conserve-t-il sur son patrimoine la propriété quiritaire, mais seulement à l'état d'un *nudum jus*, dépourvu de portée pratique, et destiné à bientôt disparaître par l'effet de l'usucapion de l'acquéreur¹.

En second lieu, la *Bonorum Venditio* opère une transmission comprenant toutes les créances du débiteur, et par conséquent les actions par lesquelles on les fait valoir.

L'impossibilité d'agir *ex ante gesto*, c'est-à-dire à raison d'actes passés antérieurement à l'envoi, se conçoit d'elle-même : si, en effet, l'exercice des actions est entré par suite de la vente dans le patrimoine de l'adjudica-

¹ Gaius, III, 80.

taire, il ne saurait dépendre de la volonté de deux personnes à la fois, et, comme le débiteur est réputé ne plus exister, c'est à son successeur que juridiquement passe le droit. Du reste, un rescrit de Marc-Aurèle et Verus, mentionné par Papirius Justus à la Loi 4, Dig., de *Curat. bon. dand.* (XLII, 7), porte : « *bonis, per curatorem ex senatusconsulto distractis, nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere.* » La décision des empereurs visait sans nul doute l'hypothèse d'une *bonorum distractio*, mais *a fortiori* il en doit être de même au cas de vente en masse, témoin l'application que fait de notre principe le jurisconsulte Papinien dans la Loi 40, Dig., de *Oper. libert.* (XXXVIII, 1), ainsi conçue : « *Si bona patroni venierunt, operarum, quæ post venditionem præterierint, actio patrono dabitur; et si alere se possit, ante venditionem præteritarum non dabitur: quoniam ex ante gesto agit.* » Voici l'espèce :

Les biens d'un patron ont été vendus en bloc; l'affranchi lui doit des services : ces *operæ* échappent-elles au patron ? Cela dépend : le patron s'est-il abstenu d'agir avant la vente, le droit abstrait qu'il a de réclamer les *operæ* de l'affranchi, c'est-à-dire de faire naître une créance à son profit, lui est purement personnel et ne passe pas à l'acheteur¹; au contraire, le patron a-t-il avant la vente réclamé les services promis par l'affranchi, il ne pourra plus se prévaloir de la créance que sa demande aura fait naître en lui « *quoniam ex ante gesto agit* », parce qu'il s'agit là d'une créance née antérieu-

¹ De même, d'après Gaius (III, 83), l'*operarum obligatio* ne passe pas à l'adrogant.

rement à la vente de ses biens : c'est donc l'acheteur qui en recueillera le bénéfice.

La raison d'une semblable distinction réside dans le principe que, même dans l'hypothèse où les *operæ* ont fait l'objet d'une *jurata promissio*, c'est-à-dire même au cas où il s'agit de services spéciaux dus à raison d'une profession libre (*operæ fabriles*)¹ et distincts des bons offices (*operæ officiales*) que le patron a toujours le droit de réclamer en dehors de tout engagement², il n'y a pour l'affranchi qui doit ces services obligation née de les fournir et, à l'inverse, pour le patron, créance née en sa personne à les recevoir, que du jour où celui-ci les a positivement réclamés (*operæ præterita, indictæ*)³.

L'interdiction pour l'exproprié d'agir *ex ante gesto* comporte une double application. La première est donc qu'il ne peut plus actionner son affranchi pour les services réclamés avant la vente. La seconde, c'est que la *Venditio* dissout la société dont il faisait partie⁴ : cette dissolution devient effectivement nécessaire, pour que la part du débiteur dans l'actif social soit comprise dans

¹ Gaius, *Epitome*, l. II, tit. IX, § 4.

² Ulpien, L. 26, § 12, Dig., *de Conduct. indeb.*, XII, 6.

³ Ulpien, L. 13, § 2, Dig., *de Oper. libert.*, XXXVIII, 1. La décision de la Loi 40, Dig., *de Oper. libert.*, laisse, croyons-nous, de côté les *operæ fabriles* (arg., L. 9, § 1, *cod. tit.*). Seules, les *operæ officiales* ne passent pas à l'acheteur, comme constituant des droits personnels au patron et intransmissibles de leur nature. (Tambour, *op. cit.*, p. 225, note 1.)

⁴ Gaius, III, 154. — Comme dans notre droit français, en matière de déconfiture, de faillite (art. 1865, C. civ.) et de liquidation judiciaire (art. 24, Loi du 4 mars 1889), sauf au cas de société constituée à capital variable (art. 34, Loi du 24 juillet 1867).

l'adjudication de son patrimoine ; et d'ailleurs, la perte du crédit d'un associé ne permet plus à ses coassociés de continuer des opérations en commun.

Devons-nous maintenant déclarer sans exception le principe de la non-existence des actions *ex ante gesto* ? La difficulté provient de cette même loi 40 de Papinien, d'après laquelle le patron peut agir seulement pour les *operæ* par lui demandées à son affranchi depuis la vente, et nullement, s'IL A DE QUOI VIVRE (*et si alere se possit*), pour les services sollicités antérieurement : d'où il ressort *a contrario*, que l'affranchi doit à son patron des services *même ex ante gesto*, c'est-à-dire même quand les *operæ* ont été assignées avant la vente, du moment que le patron ne se trouve pas en état de pourvoir lui-même à ses besoins.

Des auteurs repoussent cette exception¹ : pour cela, au lieu de laisser les mots : « *et si alere se possit* » dans le second membre de phrase où l'action *ex ante gesto* est en thèse générale refusée, ils transportent, par un changement de ponctuation, ces quelques mots dans le premier membre de phrase, et ils réunissent en un seul les mots : « *et si* », de manière à donner au texte le sens suivant : Le patron jouira d'une action pour réclamer les services demandés à l'affranchi *depuis* la vente, *quand même il aurait de quoi vivre* ; maintenant, qu'il ait de quoi vivre ou non, il ne pourra pas exiger les *operæ* demandées *avant* la vente « *quoniam ex ante gesto agit*. »

Le raisonnement est tout ce qu'il y a de plus logique ;

¹ Pothier, *Pand. Just., ad Leg. 40, Dig., de Oper. libert.*, 28-1, n° 20 ; Tambour, p. 225, note 1.

car, accorder au patron le droit aux services réclamés après la vente, bien qu'il puisse s'en passer et se suffire à lui-même, c'est montrer que ces services sont imposés à l'affranchi, non parce qu'il doit remplir un devoir de reconnaissance envers son patron réduit à l'indigence, mais parce que le droit de ce patron n'a jamais cessé d'exister.

Une semblable correction nous paraît néanmoins inutile et l'exception qu'elle tend à dénier doit être reconnue : on comprend en effet que, si rigoureux que soit l'état auquel on veuille condamner le débiteur, on ne doive pas permettre à l'affranchi de laisser dans la misère celui qui lui a procuré l'inappréciable avantage de la liberté ; c'est du reste la thèse que soutient Paul dans ses *Sentences* (II, 32) : « *Egentem patronum libertus obligatione doni, muneris et operarum solutus alere cogendus est pro modo facultatum suarum.* »

Quoi qu'il en soit, on ne saurait méconnaître le principe général qui domine toute cette dissertation : le débiteur est dessaisi de l'universalité de ses droits.

Cela n'est vrai toutefois, que des seuls droits susceptibles d'une évaluation pécuniaire ou encore transmissibles comme faisant corps avec le patrimoine adjudgé (*rei coherentes*). Ainsi, le débiteur ne perd ni le patronage, ni l'agnation, ni la gentilité, ni sa qualité de tuteur, ni son titre de citoyen ; ce sont autant de droits intimement liés à sa personne, et lui permettant d'exercer, comme par le passé, toutes les actions qui en découlent. Par exemple, l'exproprié exigera de son affranchi les *operæ præteritæ* après la *Venditio* ; il intentera une action pénale contre l'affranchi qui l'aura

appelé *in jus* sans l'autorisation du magistrat¹ ; il exercera l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, ou encore la *querela de inofficioso testamento*² ; il recueillera la succession d'un Latin-Junien³, etc. Le débiteur conserve même les droits pécuniaires qui pourront résulter à son profit des qualités qu'il conserve ; et ainsi, commençant à dater de l'adjudication une nouvelle personne, il pourra, par un autre accord de volontés, refaire un contrat de société avec ses anciens associés, et, par ce moyen ou par tout autre, se constituer un second patrimoine dans la mesure de sa nouvelle capacité.

B. — Infamie du débiteur.

L'exproprié devient infâme⁴, et par suite sa capacité politique et privée reçoit de sérieuses atteintes⁵.

¹ Marcien, L. 23, et Ulpien, L. 24, Dig., *de In jus voc.*, II, 4.

² Mais, dans cette double hypothèse, l'adjudicataire pourrait continuer l'instance déjà engagée par le débiteur. (Arg. C. 10, C., *de Revoc. donat.*, VIII, 56.)

³ Gaius, II, 155.

⁴ Gaius, II, 154 : «*ignominia, quæ accedit ex venditione bonorum*..... » ; C. 11 d'Alex. Sévère, C., *Ex quib. caus. inf. irrog.*, II, 12. Selon nous, la vente doit donc être consommée, pour que le débiteur se trouve en droit et à perpétuité frappé d'infamie (Sic Accarias, t. II, n° 781, pp. 920-921 ; Ortolan, t. III, p. 117, note 4 et pp. 119-120 ; Maynz, t. II, p. 602, note 43 ; Tambour, p. 232 ; Vainberg, p. 281). Si des auteurs ont pensé que l'envoi entraînait l'infamie (*supra*, p. 181, note 3), c'est probablement parce que le plus souvent il était suivi de la vente des biens.

⁵ Bien entendu, nous n'envisagerons ici qu'au point de vue de l'époque classique les conséquences de l'infamie admirablement

En droit public, le débiteur perdait pour toujours, au temps de la République, le droit aux dignités (*jus honorum*)¹, et, par voie de conséquence, celui de voter dans les comices (*jus suffragii*)². Sous l'Empire, la désignation directement faite par le prince à tous les emplois effaçait l'importance du *jus suffragii*; mais l'infâme n'en continuait pas moins d'être exclu complètement des diverses fonctions publiques.

Si nous considérons maintenant *la personne privée du débiteur*, nous rencontrons quelques obstacles apportés à la liberté du mariage, certaines déchéances frappant les femmes notées d'infamie, un amoindrissement de la qualité de témoin, l'interdiction de plaider pour autrui et la prohibition de se donner en justice un représentant.

Le débiteur conservait en principe le *connubium* : par exception, défense était faite au débiteur infâme de contracter mariage avec une femme issue d'une famille sénatoriale, et aux débitrices infâmes d'épouser des fils

développées par Savigny (*System.*, t. II, §§ 78 et suiv., et Appendice VII), sans égard pour les modifications ou aggravations de peine apportées depuis Dioclétien jusqu'à Justinien.

¹ Cic., *pro Cluentio*, § 42 : « *Turpi judicio damnati in perpetuum omni honore et dignitate privantur* » ; Marcien, L. 1, *præm.*, Dig., *ad Leg. Jul. de vi priv.*, XLVIII, 7.

² Sic Savigny (*loc. cit.*), et Accarias, t. II, n° 976, p. 1392. — En droit français, le failli est privé de ses droits politiques et il ne peut pas remplir de fonction publique (Const. de l'an VIII, art. 5 ; Décret du 2 février 1852, art. 15 et 27) ; mais le liquidé, quoique n'étant plus éligible, demeure électeur (art. 21, Loi du 4 mars 1889).

de sénateurs, voire même des ingénus¹. L'union toutefois n'était pas nulle² ; mais elle était dépourvue des avantages réservés au mariage par les lois Papiennes.

Les lois Julia et Papia Poppæa avaient effectivement établi certaines incapacités de disposer ou de recevoir à titre gratuit contre les « *mulieres probrosas* », et contre ceux qui, au mépris des prohibitions législatives, avaient consenti à les épouser : par exemple, en matière de successions entre époux, les conjoints devenaient incapables de se faire l'un à l'autre des libéralités³ ; mais les *mulieres probrosæ* conservèrent le droit de donner et de recevoir entre-vifs, et, en dehors du cas spécial que nous avons mentionné, rien ne nous autorise à les regarder comme inhabiles à disposer de leurs biens par testament, ou à recueillir le bénéfice d'une succession, jusqu'à ce que l'empereur Adrien leur eût interdit de prendre la moindre part dans un legs ou dans une hérédité⁴.

¹ Cette incapacité fut admise en vertu d'une interprétation large de la loi Julia *De maritandis ordinibus*, qui prohibait le mariage entre sénateurs et affranchies ou autres femmes de mauvaise condition (Ulpien, *Reg.*, XIII, § 1).

² Ulpien, L. 43, § 10, *Dig.*, de *Ritu nupt.*, XXIII, 2.

³ Ulpien, *Reg.*, XVI, § 2.

⁴ Domitien (Suétone, *Vie de Domitien*, ch. viii) fut le premier à défendre *mulieribus probrosis* de recevoir à l'avenir aucun legs ni aucune hérédité ; puis, Adrien compléta ces rigueurs en y ajoutant la prohibition de les instituer par testaments militaires (L. 41, § 1, *Dig.*, de *Test. milit.*, XXIX, 1). Notons que, à la différence des femmes notées d'infamie, les débiteurs infâmes pouvaient faire ou recevoir des libéralités entre-vifs, qu'ils conservaient la *factio testamenti* et la possibilité de devenir légataires ou héritiers.

L'infamie ne retirait certainement pas au débiteur le droit de figurer comme témoin, soit en justice, soit dans les actes publics, par exemple dans un testament; car les incapacités ne s'invoquent pas en l'absence de texte précis¹; seulement, un tel témoignage pouvait toujours être considéré comme suspect².

Plus rigoureuses étaient l'interdiction de postuler pour autrui³ et la défense de se donner en justice un représentant⁴. Le débiteur ne pouvait, en effet, se présenter devant les tribunaux que pour lui-même, si ce n'est pour certaines personnes limitativement énumérées dans l'Édit, comme pour un père, un parent, un allié ou même une personne ne pouvant pas se défendre toute seule⁵. La sanction de cette prohibition consistait dans une « *procuratoria exceptio* », accordée au défendeur contre l'infâme agissant au nom d'autrui⁶: bien plus, l'interdiction revêtait un caractère absolu, de telle sorte que le juge avait le droit d'empêcher l'infâme de plaider,

¹ Callistrate, L. 3, § 4, et arg. Papinien, L. 43, Dig., *de Test.*, XXII, 5. Contra Doneau par arg. de la Loi 3, *præm.*, *eod. tit.*, et aussi de la Nov. XC, ch. 1, qui fait de l'incapacité d'être témoin une règle générale contre toute personne d'une honorabilité quelque peu équivoque; mais cela prouve uniquement que Justinien renversa les principes d'autrefois.

² Arg. Papinien, L. 43, *in fine*, *eod. tit.*

³ Ulpien, L. 1, § 8, Dig., *de Postul.*, III, 1. C'est même à l'occasion de la défense d'être *postulator*, qu'on en arrive à traiter au titre suivant « *de his qui notantur infamia.* »

⁴ *Fragm. Vatic.*, §§ 322 et 323.

⁵ Ulpien, L. 1, §§ 8 et 11; Gaius, L. 2, *eod. tit.*

⁶ Gaius, IV, 124; Ulpien, L. 19, § 2, Dig., *de Probat.*, XXII, 3; L. 2, § 4, Dig., *de Except.*, XLIV, 1.

malgré la non-opposition de l'adversaire ¹. Par ailleurs, l'impossibilité de se faire représenter en justice était motivée par ce fait que, au cas de perte d'un procès, certaines peines frappaient l'individu condamné en son nom personnel, qui au contraire n'atteignaient pas la personne condamnée *alieno nomine*. Cette double interdiction d'être soi-même *procurator* ou d'en désigner un entraînait, à l'époque où nous nous plaçons, les conséquences suivantes : le débiteur, du moins antérieurement à l'organisation des actions utiles, n'avait le droit ni de consentir, ni de recevoir une cession d'actions, parce que les rapports de cédant à cessionnaire s'établissaient au moyen de la *procuratio in rem suam* ²; en outre, il était incapable d'intenter une action populaire, car l'accusateur public était réputé le *procurator* de l'État au profit de qui devait intervenir la condamnation ³.

Un pareil système de prohibitions constituait un ensemble de rigueurs d'autant plus sévères qu'elles étaient perpétuelles et que la réhabilitation seule parvenait à les effacer ⁴. Ces déchéances devaient, semble-

¹ Gaius, L. 7, Dig., de *Postul.*, III, 1; Paul, *Sent.*, I, 2, § 1; *Fragm. Vatic.*, § 324.

² Gaius, II, 39; Paul, *Sent.*, I, 2, § 3; L. 24, Dig., de *Minor.*, IV, 4; Ulpien, L. 3, § 5, Dig., XV, 3.

³ Paul, L. 4, et Macer, L. 8, Dig., de *Popul. act.*, XLVII, 23. Cependant, si à l'intérêt de l'État se joignait l'avantage personnel du débiteur, celui-ci pouvait en son propre nom, et non plus comme *procurator* du peuple, introduire l'action (Macer, L. 11, *præm.*, et Marcien, L. 13, Dig., de *Accusat.*, XLVIII, 2).

⁴ Cic., *pro Cluent.*, 42; Plaute, in *Persa*, III, 1, v. 27-28 : « ...*Hominum immortalis est infamia ; etiam tum vivit, cum esse credas mortuam.* » Cf. art. 604-614, C. de comm., sur la Réhabilitation.

t-il, émouvoir plus particulièrement encore les Romains, dont l'esprit se montrait si avide des gloires de la vie publique. Par là, nous comprenons le lugubre tableau que nous fait Cicéron du débiteur exécuté¹; l'emphase oratoire, si familière aux avocats de tous les temps², s'y retrouve sans doute : mais, pour peu qu'on soit initié aux institutions romaines, on sent combien le langage du grand orateur, sous une couleur vive et imagée, se trouve en harmonie avec la dureté du législateur à l'endroit des débiteurs réfractaires à leurs engagements.

De ce que Cicéron nous dit à chaque instant, dans son plaidoyer pour Quintius, que le « *caput* » de son client se trouve en jeu, il ne faut pourtant pas conclure que l'exproprié encourait une *capitis deminutio* : c'est là une exagération de langage sans portée juridique aucune³. Nulle part, en effet, dans l'énumération des cas de *capitis deminutio* que nous font Gaius et Justinien, nous ne rencontrons l'indice d'une pareille innovation. D'ailleurs, la *Bonorum Venditio* n'éteint ni titre de citoyen quant au droit privé, ni liberté, ni agnation, ni patronage⁴; et

¹ Cic., pro Quint., XIII : « Quid igitur pugnas? an..... ne in civitate sit?.... ne numeretur inter vivos? decernat de vita et ornamentis suis omnibus? ». Eod., XV : « Cujus vero bona venierunt.... huic acerbissimum vivo viventique funus ducitur; si funus id habendum sit, quo non amici conveniunt ad exsequias cohonestandas, sed bonorum emptores, ut carnifices, ad reliquias vitæ lacerandas et distrahendās. »

² Cic., de Orat., II, 59 : « Causam mendatiunculis adspere. »

³ Modestin, L. 403, Dig., de Verb. signif., L, 16.

⁴ Gaius, III, §§ 51 et 83.

c'est même précisément parce qu'il ne tombe pas sous le coup de la *capitis deminutio*, que le débiteur jouit, après la vente de ses biens, de droits pécuniaires, qui lui vaudront l'acquisition d'un nouveau patrimoine.

Sans frapper de *capitis deminutio* les débiteurs dont les biens étaient vendus en masse, le législateur romain voulut, en leur infligeant une note infamante, se montrer très sévère.

Sévérité excessive, qui n'épargnait même pas la mémoire des défunts ! Or, si l'infamie peut être méritée par les vivants, dans maintes circonstances, à supposer par exemple qu'aucun héritier ne réclame la succession du *de cuius*, elle confine à l'injustice.

Aussi, pour prévenir le caractère flétrissant de l'infamie, le citoyen romain qui craignait, en raison de ses dettes, de mourir insolvable, prenait-il le soin d'instituer pour héritier l'un de ses esclaves¹. Celui-ci, en qualité d'*heres necessarius*, se trouvait irrévocablement lié à la succession de son maître, à tel point qu'il ne pouvait plus la répudier ; lors donc que les créanciers du *de cuius* faisaient procéder à la vente du patrimoine héréditaire, c'était son nom qui figurait dans les *proscriptiones* : malgré son innocence des dettes contractées, et en dépit du bénéfice de séparation de biens, qui lui était accordé pour écarter dans l'avenir les poursuites des créanciers de la succession, il devenait infâme, et la mémoire du défunt conservait son intégrité. Ce pro-

¹ Just., *Inst.*, II, 14, 1. Encore fallait-il que le débiteur possédât des esclaves : autrement, c'était l'infamie comme perspective.

cédé pénétra dans les mœurs avec une ténacité telle, qu'on en vint à valider les affranchissements testamentaires, quoique faits en fraude des créanciers, sous la seule condition que l'esclave ainsi affranchi fût en même temps institué héritier¹. Ce fut en vain que Sabinus protesta énergiquement contre l'application de l'infamie au cas de l'esclave héritier nécessaire d'un maître insolvable ; on regardait en effet cette peine comme une conséquence du fait même de la vente en masse, il fallait que la *Venditio* rendit quelqu'un infâme : l'esclave payait de la sorte la rançon de sa liberté². Peut-être encore l'opinion de Sabinus fut-elle repoussée, parce que l'esclave avait la ressource d'abandonner les biens héréditaires aux créanciers de son maître³.

L'infamie n'était point en effet la conséquence inévitable de toute Vente en masse : grâce à l'institution de la *Bonorum Cessio*, le débiteur avait à sa disposition le moyen d'en écarter la flétrissure⁴ ; néanmoins il subissait une déconsidération de fait, dont la mesure ne saurait être précisée⁵.

La Cession de biens constituait l'unique moyen pour

¹ Celse, Loi 60, Dig., de *Hered. instit.*, XXVIII, 5.

² Gaius, II, 154 ; Théophile, de *Hered. qual. et diff.* : « *Habet autem hujus infamiae pretium servus.* »

³ Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 863, note 1.

⁴ C. 11 d'Alexandre, C., *Ex quib. caus. infam. irrog.*, II, 12 : « *Debitorum qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt.* »

⁵ Cic., II^e *Philipp.*, ch. XVII ; C. 8 de Justinien, C., *Qui bon. ced.*, VII, 71 ; Nov. IV, ch. III ; Nov. CXXXV, laquelle met un terme aux abus dont on usait à l'égard du cédant frappé d'une certaine humiliation.

le débiteur de s'exempter de l'infamie : dans le silence des textes, nous concluons que l'incapable *indefensus*, dont les biens étaient vendus en bloc, encourait lui aussi cette note déshonorante. Évidemment, c'est là une déduction marquée de la plus criante injustice ; mais les textes posent en thèse générale que l'infamie résulte de la *Venditio*, et point d'exception n'est faite au profit de l'esclave héritier nécessaire, qui supporte en définitive une adjudication ignominieuse par la faute de son maître. A quoi l'opinion adverse répond : « Comme l'esclave, l'incapable est exempt de reproche, et plus que la personne de l'esclave, il mérite de ménagement en raison de sa qualité de citoyen romain ; si l'esclave achète sa liberté au détriment de son honneur, quel avantage l'incapable a-t-il donc à payer au prix de l'infamie ? Du reste, la seule existence d'une controverse au sujet de l'état infamant de l'esclave rend vraisemblable l'intégrité de l'*existimatio* de l'incapable *indefensus* ¹. » Tous ces raisonnements se résument, à vrai dire, en de simples conjectures, surtout lorsqu'on envisage la rigidité avec laquelle sont réglées, à Rome, les voies d'exécution sur les débiteurs. En ce qui concerne les incapables, la loi est pleine de précautions pour retarder le plus possible l'instant fatal de l'adjudication ; mais son excessive réserve sur ce point nous est une preuve, qu'elle tient à préserver l'incapable des conséquences nécessaires de la vente une fois consommée.

¹ Tambour, t. I, p. 233 ; Vainberg, *op. cit.*, p. 282.

§ 2. — Effets à l'égard « de l'adjudicataire. »

Les développements que réclame notre paragraphe se résument en cette simple considération : l'adjudicataire est un successeur universel, mais prétorien.

A. — De l'adjudicataire « en tant que successeur universel. »

La *Bonorum Venditio* crée au profit de l'emptor un droit de succession aux biens présents du débiteur : l'un devient le successeur de l'autre, et ce ne sont pas les biens isolément, mais l'universalité, l'ensemble des droits actifs, en un mot, la personnalité juridique de l'exproprié, que comporte cette transmission successorale¹.

En conséquence, les choses corporelles passent en toute propriété aux mains de l'acheteur, comme aussi les créances avec leurs caractères et leurs accessoires ; plus particulièrement, c'est lui qui figure, au lieu et place du débiteur, au partage des sociétés, dans lesquelles ce dernier avait un intérêt, et qui se trouvent dissoutes par le fait même de la *Venditio*.

Mais il va de soi, que ce titre d'acquisition, si vaste soit-il, ne peut comprendre ni les droits intransmis-

¹ Arg. Just., *Inst.*, III, 12 : « de Successionibus sublatis. »

sibles, tels que le patronage, l'agnation, la gentilité, le privilège du pupille sur les biens de son débiteur¹, ni les droits anéantis par la *Venditio*, comme par exemple le droit de participer aux opérations ultérieures de la société continuée entre les anciens associés de l'exproprié².

En sa qualité de successeur, l'*emptor* n'acquiert que les droits constituant le patrimoine par lui acheté. Or, il est possible que le débiteur ait été un propriétaire purement apparent, et que le véritable propriétaire vienne ensuite exercer son droit de revendication. L'*emptor* évincé peut-il agir en garantie? Non, à proprement parler³.

En effet, serait-ce *contre le magister* chargé de la vente? Le caractère de simple préposé qui lui convient, non plus que les textes, n'autorisent une réponse affirmative⁴.

Serait-ce alors *contre les créanciers* que le prix d'adjudication a servi à désintéresser? Pas davantage, car ce qu'ils ont reçu leur était dû, « *jus suum receperunt*, » dès lors, il serait inique de les soumettre à une action en restitution du prix payé⁵; ce serait en outre illogique, puisque l'action en garantie n'est même pas donnée contre le créancier gagiste conventionnel qui

¹ Paul, L. 23, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 3.

² *Supra*, pp. 255 et 257-258.

³ Sic Accarias, t. II, p. 923, note 3, qui, avec raison, applique en cette matière les règles de garantie posées relativement au *Pignus in causa judicati captum*.

⁴ Arg. Ulpian, L. 50, Dig., *de Evict.*, XXI, 2.

⁵ Paul, L. 44, Dig., *de Condict. indeb.*, XII, 6.

procède lui-même à la vente; d'ailleurs, un rescrit d'Alexandre Sévère commence ainsi : « *Cum jure creditoris propter fisci debita prædium obligatum procurator meus venundedit, evictio non debetur : quia et privatus creditor eodem jure utitur : nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit creditore*¹. » Or, « dans l'espèce, c'est le *procurator fisci* qui, au nom du fisc créancier, a opéré la vente : mais l'empereur décide formellement que l'irresponsabilité de l'éviction est non pas un privilège du fisc, mais la règle applicable à tout créancier vendant un gage². »

Toutefois, si les créanciers ont consenti dans la *Lex bonorum vendendorum* les garanties de droit commun ou bien quelque clause particulière, ils sont tenus de l'éviction en vertu de leurs engagements³; on devrait encore réserver le cas, où ils se seraient rendus personnellement coupables de manœuvres dolosives envers l'adjudicataire en vue de l'amener à acheter⁴.

Reste le débiteur. Lui non plus ne peut être déclaré garant de l'éviction *partielle* que subit l'acquéreur; car la *Bonorum Venditio* constitue une vente en masse portant sur l'ensemble d'un patrimoine, et dans ces sortes d'aliénations : « *Evictio non præstatur in singulis rebus*⁵. » Même dans l'hypothèse d'une éviction *totale*, toute idée proprement dite de recours en garantie se trouve écar-

¹ C. 1, C., *Credit. evict. non debere*, VIII, 46.

² Labbé, *Rev. prat.*, 1865, t. XIX, p. 279.

³ C. 1 d'Alexandre Sévère, et C. 2 de Gordien, C., *Credit. evict. non debere*, VIII, 46.

⁴ C. 2 de Gordien, *cod. tit.*

⁵ C. 1 d'Alexandre Sévère, C., *de Evict.*, VIII, 45.

tée pour ce motif « qu'il ne serait pas juste de déclarer le débiteur indéfiniment responsable des suites d'un acte auquel il n'a nullement consenti, peut-être même a-t-il résisté à l'exécution : seulement il ne doit pas s'enrichir¹. » Et voilà pourquoi le débiteur, à qui le paiement du prix a profité, devient passible d'une action utile *ex empto* ; mais par cette action, l'adjudicataire n'agira pas jusqu'à concurrence de la valeur du patrimoine dont il se trouve évincé, il n'obtiendra pas *quantum interest*, c'est-à-dire des dommages et intérêts égaux au préjudice par lui souffert : il répétera uniquement le prix qu'il a déboursé *sine causa* et les intérêts de ce prix ; encore devra-t-il, dans le calcul des intérêts, faire entrer en déduction les fruits par lui perçus et qu'il n'aura pas été contraint de rendre au propriétaire en raison de sa bonne foi².

B. — *De l'Adjudicataire « en tant que successeur prétorien. »*

Si l'*emptor* succède *in universum jus* aux droits réels et personnels du débiteur, il ne devient point par cela même un héritier, car le droit civil jouit du privilège exclusif de faire des héritiers ; c'est un successeur prétorien (*loco heredis*), presque en tous points assimilable au *bonorum possessor* à qui le préteur défère une hérédité.

¹ Labbé, *de la Garantie*, p. 48.

² Arg. L. 74, § 1, Dig., *de Evict.*, XXI, 2 ; et C. 13 de Gordien, C., *de Evict.*, VIII, 45.

C'est pourquoi, à la différence du *bonorum Sector* qui reçoit, sur les biens adjudés, le *dominium ex jure Quiritium*, l'*emptor* bénéficie seulement de l'*in bonis*, ce qui l'oblige, pour acquérir la pleine propriété du droit civil, à subir les lenteurs de l'usucapion¹. Gaius² semble pourtant bien indiquer un cas dans lequel la propriété quiritaire est, par le seul effet de la vente, immédiatement transférée; mais l'état illisible du manuscrit donne ouverture à toutes espèces de suppositions. Au dire de la plupart des interprètes, l'hypothèse exceptionnelle, à laquelle le jurisconsulte fait allusion, est celle où la vente intervient après une Cession de biens: car, disent-ils, il est rationnel que la *Bonorum Cessio*, qui se trouve consacrée par des textes législatifs, soit suivie d'une vente transférant la propriété civile à l'acheteur³. Mais ce n'est là qu'une pure conjecture, dont la pensée fondamentale satisfait peu l'esprit⁴. Plus vraisemblable nous paraît l'opinion, d'après laquelle Gaius aurait visé le cas de la *Bonorum Sectio*⁵.

Quoi qu'il en soit, nous avons à nous demander maintenant par quels moyens de procédure l'*emptor* s'approprie ou conserve le bénéfice de son acquisition, en

¹ Gaius, III, 80, et Théophile, *loc. cit.* Conformément aux principes généraux, l'usucapion commencera à dater de l'entrée en possession effective des biens.

² Gaius, III, 80.

³ Ce système s'appuie sur la restitution proposée par Heffter et suivie par Blondeau (*Institutes de l'empereur Justinien*, Paris, 1838): « si per eos acceperint, bonorum emptores, qui bonis ex lege Julia cesserunt. »

⁴ Tambour, *op. cit.*, p. 224, note 1.

⁵ Pellat, *Inst. de Gaius*, traduites et commentées, t. I, p. 258.

d'autres termes, quelles sont les actions et autres voies de droit qu'il peut exercer, tant contre les débiteurs du saisi, que contre les détenteurs des valeurs ayant fait partie de l'adjudication. La difficulté provient de ce que l'action existe d'après le droit civil, mais se trouve donnée à une personne qui n'est pas le véritable sujet actif du droit ; l'*emptor* ne peut donc pas se prétendre titulaire du droit qu'il veut mettre en mouvement comme étant compris dans le patrimoine vendu, et cependant il doit en conserver l'avantage. Aussi les actions, qui existaient en la personne du débiteur, ne sont-elles pas données directement à l'acheteur ; elles lui sont transmises *tuitione prætoris*, simplement comme actions utiles¹, au moyen de l'une ou l'autre de nouvelles formules appelées : *Rutilienne* et *Servienne*².

Le premier de ces procédés, probablement le plus ancien comme ayant été imaginé par le préteur Rutilius, comporte un mécanisme emprunté à l'action qu'intente le *procurator ad litem*. En effet, l'*emptor*, à l'exemple d'un demandeur agissant *alieno nomine*, reçoit du magistrat une formule, où le nom du débiteur exécuté figure dans l'*intentio* et le sien propre dans la *condemnatio*. Ici la condamnation se trouve donc subordonnée à la vérification du droit d'un tiers, de telle sorte que le juge, reconnaissant l'existence d'une dette envers l'exproprié,

¹ Gaius, III, 84, et Théophile, *loc. cit.* : « *Utiliter agebat.....sicut bonorum possessor.* »

² Gaius, IV, 35. Notons toutefois que, à l'exemple des actions civiles, ces actions prétoriennes héréditaires étaient perpétuelles. (Bonjean, *op. cit.*, t. II, p. 280.)

devra condamner à en payer le montant à l'acquéreur, son représentant¹.

A la différence de l'*actio Rutiliana* qui n'a rien de fictice, l'*actio Serviana*, créée sans doute par un prêteur du nom de Servius, repose manifestement sur une fiction. Le nom de l'*emptor* se trouve inséré à la fois dans l'*intentio* et dans la *condemnatio* de la formule, mais le magistrat y ajoute la supposition (*fingebat*) que l'acheteur est un héritier, il prescrit au juge de statuer comme si l'acheteur avait succédé *legitimo jure*².

Entre autres détails, la formule de l'une et l'autre action comporte parfois une sorte de restriction insérée dans la *condemnatio*. Il pouvait arriver, en effet, que l'*emptor* exerçât une action utile contre une personne, qui fût en même temps débitrice et créancière de celui dont il avait acheté les biens : en pareil cas, le défendeur ne

¹ Gaius, IV, 35 et 86. Si nous appelons Lucius Titius le débiteur saisi, Aulus Agerius l'*emptor* et Numerius Negidius le défendeur, nous obtenons, en matière personnelle, la formule suivante : « *Judex esto. Si paret Numerium Negidium Lucio Titio ejus bona vendita sunt HS. X. M. dare oportere, judex, Numerium Negidium Aulo Agerio HS. X. M. condemna; si non paret, absolve.* » On remarquera que, à partir de la *litis contestatio*, le représentant plaide en quelque sorte *suo nomine* et qu'il devient *dominus litis* (Accarias, t. II, p. 1304).

² Gaius, IV, 35 : « *Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit.* » Voici par exemple, en matière personnelle, la formule de cette action, qui ne doit pas être confondue avec l'action Servienne hypothécaire (*actio pignoratitia serviana*) : « *... Si Aulus Agerius Lucio Titio heres esset, tum si paret Numerium Negidium Aulo Agerio HS. X. M. dare oportere, condemna; si non paret, absolve.* » Cette formule était du reste commune à tous les *bonorum possessorum* du droit prétorien (Gaius, IV, § 34).

pouvait être contraint au paiement de sa dette, que sous la déduction du montant de sa créance. L'*emptor* subissait donc dans le recouvrement de la créance de l'exécuté une compensation appelée « *deductio*¹. »

Est-ce à dire que le débiteur, qui invoquait le bénéfice de la *deductio*, obtint par là un véritable privilège ? Les textes sont muets à cet égard. Les romanistes allemands en ont déduit, qu'il y avait là pour le débiteur un privilège à l'encontre de ses cocréanciers, car « il eût été manifestement trop dur d'obliger l'intéressé à payer entièrement sa dette, tandis qu'il ne recevait pour sa créance qu'une prestation partielle². » L'inconvénient d'un tel système est, qu'il rompt l'égalité entre les divers créanciers du débiteur déconfit, et qu'il oblige l'*emptor* à payer indirectement au delà de son prix. L'école française estime, avec plus de raison, que le débiteur poursuivi ne compense avec la créance de

¹ Gaius, IV, 65 : « bonorum emptor cum deductione agere jubetur. »

² Dernburg, *Geschichte über Theorie der compensation*, pp. 39 et suiv. Adde Eiscle, *Die compensation*, p. 47 : « Il n'y a aucun doute possible sur le motif de cette disposition de l'Édit que rapporte Gaius. Le *bonorum emptor* n'aurait été tenu de régler les dettes du *fraudator* que dans la mesure du dividende qu'il avait offert à la masse, tandis qu'il aurait touché les créances intégralement. C'était une atteinte à l'équité, dans le cas où le débiteur actionné pour le tout se trouvait en même temps créancier du failli. Il fallait obvier à cet inconvénient et permettre au défendeur d'opposer sa propre créance en compensation jusqu'à concurrence de la dette pour laquelle le *bonorum emptor* le poursuivait, et sans avoir égard au dividende stipulé. Pour l'excédent de cette créance, il devait agir par voie d'action et subissait alors la règle du marc le franc. » Cf. Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. II, p. 39, note 1.

l'*emptor* que le dividende produit à son profit par la liquidation du patrimoine : par exemple, si l'*emptor* a promis 50 % et que la créance du défendeur se monte à 20,000 sesterces, le juge fera entrer cette créance en ligne de compte, non pour sa valeur nominale, mais eu égard au taux du dividende consenti, soit une déduction à opérer de 10,000 sesterces. C'est en définitive l'application du principe : « *Compensatio est instar solutionis.* » Tout doit en effet se passer, comme si le défendeur commençait par rembourser à la masse ce qu'il lui doit, et qu'il se fit ensuite indemniser par elle de ce qui lui est dû ; or, en pareil cas, l'*emptor* pourrait se prévaloir contre lui de la réduction apportée aux créances par la *Lex bonorum vendendorum*. En outre, grâce à l'interprétation des auteurs français, la *deductio* devient d'une explication fort simple. Comme le tiers défendeur restait tenu de la totalité de sa dette, et qu'il perdait une fraction de sa créance, le législateur avait peut-être voulu lui épargner, à titre de dédommagement, l'ennui d'exercer une poursuite ; en raison de son infortune, ses deux comptes avec l'*emptor* se réglaient donc dans une seule action ¹.

C'est au juge que revient le soin de balancer entre eux les avantages pécuniaires des intéressés, parce que l'*emptor*, succédant au débiteur déconfit, ne connaît sans doute pas l'état exact des créances et des dettes de son auteur. L'*intentio* de la formule indiquera le montant intégral de la créance de l'acheteur, et mention de la déduction sera faite seulement dans la *con-*

¹ Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 477, note 2, et p. 4249, note 1.

demnatio, par suite toujours *incerta*, lors même qu'il s'agirait de la demande d'une somme d'argent¹. En conséquence, le demandeur, ne déduisant rien de précis, n'encourra pas les risques de perdre son procès pour cause de *plus petitio*²; seulement le défendeur, exposé à une condamnation trop élevée, pourra, par voie de *restitutio in integrum*, obtenir la modification de la formule. Enfin, la mission confiée au juge d'effectuer les évaluations nécessaires à la balance des créances permettra de faire porter la *deductio* sur toute espèce de dettes, même sur celles qui se trouvent affectées d'un terme non échu³, ou qui ont pour objet des choses de genres différents, des quantités non susceptibles de se remplacer les unes par les autres, comme l'argent et le blé⁴.

Telle est, jusque dans ses moindres incidents, la rédaction des formules Rutilienne et Servienne.

En principe, l'adjudicataire dispose à son gré de l'un ou l'autre procédé; quelle est alors la raison d'être de l'action Servienne à côté de l'action Rutilienne? C'est que l'action Rutilienne paraît bien impossible, dès là qu'il s'agit des biens des morts : comment supposer, en

¹ Gaius, IV, 68 : « *Deductio ad condemnationem ponitur* », par exemple : «*Numerium Negidium Aulo Agerio condemna quod superest, deducto eo, quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur.* » (Gaius, IV, 65.)

² Gaius, IV, 68.

³ Gaius, IV, 67 : « *et id, quod in diem debetur.* » *Supra*, p. 142.

⁴ Gaius, IV, 66.

effet, que le nom d'une personne qui ne peut plus avoir de droits, figure valablement dans l'*intentio* de la formule? Le juge ne peut évidemment pas recevoir du magistrat la mission d'apprécier si le défunt est créancier ou propriétaire; et le mandat, donné par un mort à un *procurator ad litem*, se conçoit d'autant moins dans notre espèce, que, d'après la loi romaine, le mandat cesse par la mort du mandant. Ainsi s'explique l'introduction de l'action Servienne¹.

Jusqu'ici, nous avons envisagé les actions prétoriennes héréditaires en tant qu'actions *personnelles* : de quels moyens l'*emptor* jouissait-il en matière réelle?

Que le droit à faire valoir soit réel ou personnel, peu importe, l'action exercée par l'*emptor* revêtira toujours l'une des deux formes Rutilienne ou Servienne; c'est même une formule de *rei vindicatio* que Gaius cite comme exemple de l'action donnée au *bonorum possessor*².

¹ Zimmern, *op. cit.*, § LXXX, trad. d'Étienne, p. 249; Demangeat, t. II, p. 131. Toutefois, ce serait un tort d'admettre avec Laferrière, que l'action Servienne était uniquement accordée au cas d'adjudication du patrimoine d'un défunt, et l'action Rutilienne dans l'autre hypothèse. A l'origine, l'action Rutilienne était seule, et la différence qui la sépare de l'action Servienne est purement formelle.

² Gaius, IV, §§ 34 et 35. La formule serait ainsi rédigée : « *Judex esto. Si paret fundum Capenatem Lucii Titii esse ex jure Quiritium, quanti ea res erit, judex, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, nisi restituat; si non paret, absolve.* » Ou bien : « ... *Si Aulus Agerius Lucio Titio heres esset, tum si fundum Capenatem, de quo agitur, ex jure Quiritium ejus esse oporteret, quanti ea res erit, judex, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, nisi restituat;...* »

On objectera peut-être, qu'en matière réelle l'*emptor* doit plutôt recourir à une action Publicienne utile, puisqu'il recueille *in bonis* les choses dépendant du patrimoine du débiteur.

Il n'en est rien : l'action Publicienne ne fait pas double emploi, en matière réelle, avec les actions Rutilienne et Servienne, car elle est uniquement accordée à celui qui, étant en voie d'usucaper, viendrait à perdre la possession, c'est-à-dire à *celui qui a déjà possédé*, ne fût-ce qu'un instant, la chose revendiquée, et la seule fiction qui soit admise porte sur la durée de la possession¹. D'où la distinction suivante : si l'*emptor* a déjà possédé le fonds litigieux, il exercera tout simplement l'action Publicienne *PROPRIO NOMINE*, de son chef, non pas à titre de successeur prétorien, mais en sa qualité de possesseur ; dans le cas contraire, il utilisera les actions Rutilienne et Servienne.

¹ Gaius IV, 36, et Paul, L. 12, § 7, Dig., de Public. in rem act., VI, 2. En sens contraire, on argumente d'un texte de Paul (L. 12, § 4, eod. tit.) ainsi conçu : « *Is, cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.* » Mais ce texte signifie simplement, que le fidéicommissaire, à qui une succession a été restituée par l'héritier fiduciaire *nuda voluntate*, et qui, en vertu du S.C. Trébellien, se trouve *heredis loco*, peut, sans avoir encore pris possession effective des objets héréditaires, exercer l'action Publicienne *déjà née en la personne du de cujus*, par application du principe posé à la Loi 7, § 9, eod. tit. : « *Hæc actio et heredi, et honorariis successoribus competit.* » (Accarias, t. II, p. 1012, note 1, 2°.) L'*emptor*, qui est un successeur prétorien, pourrait lui aussi intenter la Publicienne *déjà née en la personne du débiteur* ; mais il agirait comme représentant de la personne à qui il a succédé, et non en vertu d'un droit propre.

Mais, dira-t-on, l'*emptor* pourra toujours invoquer la possession du débiteur, puisqu'il lui succède.

L'un représente l'autre, il est vrai, mais en vertu de la fiction « *si heres esset* » : il n'est pas héritier *legitimo jure*, c'est un successeur fictif; dès lors, lui appliquer la Publicienne, qui elle-même est une action fictice, serait, en échange d'une revendication utile et d'une seule fiction, mettre à sa disposition une Publicienne utile avec combinaison de deux fictions; ce qui compliquerait infiniment trop la formule : le prêteur a pensé avec raison, qu'il était plus simple de donner une action nouvelle qu'une action utile deux fois fictice. Et voilà pourquoi, en matière réelle, la Publicienne qui, en bonne logique, devrait appartenir à l'adjudicataire, se trouve remplacée par les actions Rutilienne et Servienne ¹.

Cette étude de l'action Publicienne nous conduit naturellement au point de savoir comment, pour permettre à l'*emptor* de transformer par l'usucapion son pouvoir en propriété quiritaire, le prêteur a réglé la question relative à sa possession.

Et d'abord, si l'adjudicataire, après avoir pris possession, vient à être dépossédé, il peut la recouvrer à l'aide de la Publicienne ou encore au moyen des interdits *recuperandæ possessionis*.

Maintenant, en dehors d'un commencement de possession, de quels moyens dispose-t-il pour se mettre à même de posséder?

¹ Sic Tambour, *op. cit.*, p. 223; Cf. Bonjean, *op. cit.*, t. II, § 332, p. 393; Gavouyère, *op. cit.*, 2^e année, p. 65.

Quoique successeur *jure prætorio*, l'adjudicataire n'a certainement pas reçu, à la différence du *bonorum possessor*, une action générale correspondant à la *possessoria hereditatis petitio*; mais, s'il ne jouit d'aucune action lui permettant de revendiquer l'universalité du patrimoine qui lui a été adjugé, il bénéficie du moins d'un interdit appelé : « *Possessorium* ¹ ».

Cet *interdictum possessorium* rappelle les interdicts *sectorium* et *quorum bonorum* donnés, l'un au *bonorum sector*, et l'autre au *bonorum possessor* : comme eux, il s'applique à un cas de succession universelle, et il appartient à la catégorie des interdicts *adipiscendæ possessionis* ².

Mais, doit-on pousser l'analogie jusqu'à dire, que les interdicts *Possessorium* et *Quorum bonorum* ont reçu une sphère d'action identique ? Ici, nous entrons dans la voie des conjectures : le seul point qui ne soit pas contesté est que, pour revêtir une certaine utilité, l'interdit *Possessorium* ne doit pas pouvoir se donner contre tout tiers détenteur ; autrement, l'action Rutilienne ou l'action Servienne suffirait amplement.

Dans un premier système on prétend, que l'interdit *Possessorium*, à l'image de l'interdit *Quorum bonorum*, est accordé uniquement pour se saisir des objets corporels ³.

D'après une autre opinion, dont le point de départ est le même que celui de la précédente, l'*emptor*, comme le *bonorum possessor*, ne pourrait appréhender, au moyen

¹ Gaius, IV, 143.

² Gaius, IV, 144 et 146.

³ Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 605.

de l'interdit, que les biens détenus *pro herede* ou *pro possessore* ; par conséquent, contre une personne qui invoquerait une autre cause de possession, il devrait prouver, pour triompher, la propriété du débiteur qu'il représente, et cela au moyen de l'action Rutilienne ou Servienne¹.

Une troisième explication s'impose, selon nous. L'*interdictum possessorium* ne s'applique pas à chaque chose héréditaire en particulier, il est destiné à suppléer, autant que possible, une action analogue à la *possessoria hereditatis petitio* : dès lors, il a trait à des contestations portant sur l'universalité des biens ; au contraire, les actions Rutilienne et Servienne servent soit à des revendications d'objets individuellement déterminés, soit aux poursuites intentées contre les débiteurs de l'exproprié. Par ailleurs, à la différence de l'interdit qui ne réclame que la justification de la qualité de successeur universel basée sur la *Venditio*, les actions roulent invariablement sur des questions de propriété ; et ainsi s'explique l'utilité de l'*interdictum possessorium*, mieux même que celle de l'interdit *quorum bonorum*, en l'absence d'une action ayant le même objet².

§ 3. — Effets à l'égard « des créanciers. »

La Vente en masse confère aux créanciers le triple droit d'exiger de l'acheteur l'acquittement du prix et autres charges de l'adjudication, — de suppléer à leur

¹ Accarias, t. II, pp. 176 et 177.

² Bonjean, *op. cit.*, II, § 397, p. 556 ; Tambour, *op. cit.*, p. 224.

remboursement partiel au moyen de l'action Paulienne dirigée contre les tiers, — et au besoin d'agir pour le surplus des dettes contre le débiteur.

A. — *Des poursuites « contre l'adjudicataire ».*

La question de savoir si les créanciers ont le droit de poursuivre *directement* l'adjudicataire divise les commentateurs.

On soutient encore actuellement, qu'au *magister* seul appartient le droit d'exiger le prix d'adjudication, sauf à le répartir ensuite entre les créanciers au nom desquels il a procédé à la vente. En effet, dit-on, Théophile laisse à entendre que l'acheteur *contracte* directement avec le *magister*, en ce sens que ce dernier remplit l'office de vendeur et qu'il devient personnellement créancier du prix¹. La meilleure preuve encore que le *magister* touche au nom de la masse le prix d'adjudication, ce sont les actions en remboursement dont il est l'objet de la part des créanciers : ainsi, aux termes des Lois 22, § 10, de Paul, Dig., *Mandat.* (XVII, 1), et 5 de Julien, Dig., *de Curat. bon. dand.* (XLII, 7), les créanciers, qui ont figuré dans les réunions préparatoires, et qui ont concouru à sa nomination ou à la confection de la *Lex*, jouissent contre lui de l'action *mandati* ; ceux qui ne se sont pas présentés, mais dont il a eu néanmoins l'intention spontanée de prendre les intérêts, ont l'action *negotiorum gestorum* ; quant aux autres créanciers ab-

¹ Théophile, III, 12, *præm.*

sents, ils ne disposent en principe d'aucune action contre lui, puisqu'il n'a été ni leur mandataire ni leur gérant d'affaires : mais ils peuvent le poursuivre au moyen d'une action *in factum*, sous la double condition, que les créanciers présents se soient crus seuls créanciers, et qu'ils n'aient pas encore touché le montant intégral du produit de la vente¹.

Ce système pêche par la base : il ne ressort nullement du texte de Théophile que l'*emptor* devienne envers le *magister* débiteur de son prix d'achat². — En outre, pour tirer argument de la Loi 22, § 10 de Paul, on est contraint d'admettre que les compilateurs du Digeste y ont remplacé la mention du *magister* par celle du *curator*³; et de fait, l'expression de « *bonorum venditionem* », accolée au mot « *curator* », jure sous la plume d'un juriconsulte, qui vivait en pleine période de la *Bonorum Venditio*, et qui n'a pu confondre, à la différence de Théophile, le rôle ancien du *magister* avec celui du *curator*. Pour nous, l'inexactitude réside dans l'emploi des mots : « *bonorum venditionem* » ; d'où il suit, que le texte de Paul, comme du reste le passage extrait de la Loi 5 de Julien, fait allusion non pas à une vente en bloc, mais à une vente d'objets particuliers, et qu'il détermine les diverses actions remises au pouvoir des créanciers contre le *curator bonis distrahendis*. — Enfin, la conséquence logique du système que nous réfutons est, que l'*emptor* se dégage absolument de toute obligation en-

¹ Sic Accarias, t. II, p. 176, note 1, et p. 178, texte et note 2 (*Supra*, p. 240, note 1).

² *Supra*, pp. 245 et 246.

³ Accarias, t. II, p. 178, note 1.

vers les créanciers par la remise de son prix d'achat aux mains du *magister*¹ : or, d'après les textes mêmes, il se trouve actionné *sans intermédiaire aucun* par les créanciers du débiteur exécuté. Il suffit pour cela de rappeler, que Gaius met le *bonorum emptor* sur la même ligne que le *bonorum possessor* au point de vue des actions qu'il a à exercer², et que le même jurisconsulte envisage, toujours à l'occasion du *bonorum emptor* et du *bonorum possessor*, l'hypothèse où le débiteur originaire devait lui-même quelque chose³ : or il est certain que le *bonorum possessor* est actionné directement par les créanciers de son auteur⁴ ; il en sera donc de même de l'*emptor*, car on ne conçoit pas que l'*emptor* défendeur ne soit pas, tout comme l'*emptor* demandeur, assimilé à un héritier prétorien. L'entremise du *magister* se comprend d'autant moins que, d'après l'un des textes relatifs à la *deductio*, adjudicataire et créancier du saisi se trouvent l'un avec l'autre dans un rapport strictement immédiat : « *Item debet cum deductione agere velut bonorum emptor, ita ut in hoc solum adversarius condemnetur quod superest, deducto eo quod invicem* » « TIBI » *defraudatoris nomine debet*⁵. » Du reste, considérée en soi, la *deductio* imposée à l'*emptor* demandeur n'a aucune raison d'être, si celui-

¹ Accarias (t. II, p. 177, note 1) dévie de son système, en reconnaissant aux créanciers la possibilité de poursuivre le *bonorum emptor* dans certaines circonstances fort rares, il est vrai.

² Gaius, IV, 35 (*Supra*, p. 270 et seq., *passim*.)

³ Gaius, III, 81. Arg. des mots : « QUÆ... IPSE DEBIT, neque bonorum possessor, neque bonorum emptor ipso jure debent. »

⁴ Ulpien, *Reg.*, XXVIII, 12.

⁵ Gaius, IV, 65.

ci n'est pas le débiteur direct des créanciers du *defraudator* ; car la compensation ne se conçoit pas autrement qu'entre personnes respectivement créancières et débitrices.

Ce n'est donc pas le *magister* qui, en matière de *Bonorum Venditio*, devient créancier de l'acheteur et exerce les actions en paiement du prix de vente, quitte à opérer ensuite une répartition au prorata des créances : ses fonctions ne survivent pas à l'adjudication des biens. En qualité de successeur universel, l'adjudicataire succède *in universum* aux obligations comme aux droits de l'exproprié : les créanciers peuvent donc l'actionner en dehors de tout intermédiaire, et non d'après un droit nouveau issu des engagements conclus lors de l'adjudication, mais en vertu de leur titre primitif contre le débiteur originaire ; seulement, comme ces actions antérieures se trouvent données contre une personne qui n'est pas le véritable sujet passif des droits qu'elles sanctionnent, elles ne sont accordées que *tuitione pretoris* sous forme d'actions utiles¹. Les créanciers devront donc actionner l'*emptor ficto herede* au moyen de l'action Servienne. L'analogie entre les actions de l'*emptor* contre les débiteurs du saisi et celles des créanciers du saisi contre l'*emptor* nous convie même à penser, que les créanciers pourront, en vertu du procédé Rutilien, établir leurs droits dans l'*intentio* contre le saisi, pour en demander le montant à l'*emptor* dans la *condemnatio* ; car il est inadmissible, que le prêteur Rutilius ait cru à

¹ Gaius, III, 81 ; Théophile, *loc. cit.* : « Utiliter... conveniebatur, sicut bonorum possessor. »

la nécessité de créer deux formules différentes, l'une pour l'*emptor* demandeur, et l'autre contre l'*emptor* défendeur. Par contre, nous ne croyons pas que la formalité de la *deductio* s'impose au créancier qui poursuit *utilitatis causa* l'acquéreur, parce qu'elle est mentionnée seulement dans une hypothèse, où c'est l'acquéreur qui joue le rôle de demandeur¹. Telle est la procédure, en vertu de laquelle l'*emptor* se libérera, directement aux mains des créanciers, de tout ce qui constitue son prix d'achat².

Mais le pouvoir des créanciers ne connaît-il d'autres limites que l'épuisement de leur droit, ou bien, au contraire, reçoit-il une étendue plus restreinte ? Cela dépend. Pour plus de clarté, nous distinguerons en deux catégories les ayants-droit du *bonorum emptor* : d'abord les créanciers munis d'un droit de gage ou d'hypothèque, puis les créanciers chirographaires.

I. — DES CRÉANCIERS GAGISTES OU HYPOTHÉCAIRES

Le silence absolu des textes à l'endroit des créanciers gagistes ou hypothécaires rend incertaine l'influence de la *Venditio* sur la condition des biens engagés. Cependant, de l'avis de la généralité des auteurs, les créanciers investis d'un droit de gage ou d'hypothèque peuvent, après l'adjudication consommée ou même au-

¹ Gaius, IV, 65 (*Supra*, pp. 273 et seq.).

² Sic Demangeat, t. II, p. 158; Tambour, pp. 224 et 234; Vainberg, p. 286; Keller, *des Actions*, § LXXXV, trad. de Capmas, pp. 416 et 411; Zimmern, *op. cit.*, § LXXX, trad. d'Etienne, pp. 248 et 249; Maynz, *op. cit.*, t. II, pp. 604 et 605.

paravant, revendiquer leur gage par l'action quasi-servienne, sauf à l'acheteur le droit de les désintéresser intégralement, pour retenir le bénéfice matériel de son acquisition. Que les créanciers hypothécaires se soient ou non révélés au moment de l'adjudication, peu importe, le principe de l'immutabilité de leurs droits est absolu : la vente en masse ne purge pas les hypothèques¹.

Cette supposition n'a rien d'in vraisemblable. L'envoi, en effet, peut bien profiter aux créanciers hypothécaires, mais l'égalité qu'il engendre ne saurait exister que sous la réserve des droits régulièrement acquis à une époque antérieure : sans quoi, si le *jus in re* était susceptible de se trouver amoindri par l'insolvabilité qu'il est destiné à prévenir, il deviendrait une précaution illusoire, dangereuse même comme laissant les créanciers chirographaires maîtres de diminuer le gage de leurs cocréanciers hypothécaires. La preuve que les rapports établis entre les créanciers hypothécaires et la masse subsistent dans leur intégrité résulte encore de ce fait que, même au cas de pacte de remise consenti à l'héritier du *de cujus*, les créanciers hypothécaires conservent intact leur droit sur la chose hypothéquée².

C'est là, cependant, faire courir à l'adjudicataire de très gros risques, si on considère que l'hypothèque pouvait se constituer par simple pacte, sans aucune condition de publicité; aussi, la perspective de rester

¹ Bonjean, *op. cit.*, t. II, § 398, p. 557; Tambour, p. 234; Gavouyère, *Programme du Cours de Droit romain* (2^e année), p. 47.

² *Supra*, p. 125.

indéfiniment soumis au droit de suite des créanciers hypothécaires devait-elle refroidir les enchérisseurs, et par là même susciter des adjudications à vil prix. Peut-être obligeait-on, sous peine de déchéance, les intéressés à déclarer dans la *Lex bonorum vendendorum* la nature de leurs droits ; mais le manque de textes n'autorise cette opinion, que sous la forme d'une simple conjecture ¹.

II. — DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

Si parmi les créanciers chirographaires il en est qui soient *privilegiés* ², ceux-ci paraissent véritablement en droit de poursuivre contre l'adjudicataire le montant intégral de leurs créances. Rien ne prouve, en effet, que la mauvaise situation du débiteur ait pu en quoi que ce soit altérer leurs droits : au contraire, la nomenclature des divers privilèges dans le même titre du Digeste, où l'on voit que l'action privilégiée de la fiancée pour le recouvrement de sa dot lui donne action pour le tout ³, permet, croyons-nous, d'avancer que les *privilegia inter personales actiones* conservent, malgré la vente en bloc, leur parfaite intégrité.

Quant aux créanciers chirographaires *ordinaires*, ceux-là seuls, sans doute, jouiront du droit de poursuivre l'adjudicataire, qui auront produit à la déconfiture du débiteur ⁴ : est-ce à dire que l'adjudicataire puisse être

¹ *Supra*, pp. 238 et 239.

² A la différence de notre droit moderne, la législation romaine conférait, sous forme de privilège, non pas un droit réel, mais une simple cause de préférence.

³ Paul, L. 18, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

⁴ *Supra*, p. 240.

lié par l'admission de leurs créances sur l'état dressé par le *magister* ? Certes non : en dehors des droits qui auront été contradictoirement reconnus avec le débiteur, il pourra contester tous les autres, et faire valoir, s'il en est temps encore, tous les moyens de défense qu'aurait pu opposer le débiteur lui-même¹. Maintenant, si on envisage l'étendue des actions personnelles données par le prêteur aux créanciers ordinaires, la qualité d'acheteur vient modifier en la personne de l'adjudicataire son titre de successeur prétorien, à tel point qu'elle en brise la ressemblance avec la personne du *bonorum possessor*. Tandis, en effet, que le *bonorum possessor* paie intégralement et même *ultra vires*, comme tout héritier, les dettes du défunt, l'*emptor* ne doit pas *ipso jure* ce que devait le débiteur, il ne le doit que dans la mesure de ses engagements : dès lors, il ne peut être personnellement poursuivi, que jusqu'à concurrence du dividende qui forme son prix d'achat. Mais, dira-t-on, si l'*emptor* est seulement tenu d'une quote-part des dettes, il faudra donc réduire la demande des créanciers qui, en définitive, agissent en vertu d'un droit existant contre le *defraudator* lui-même ? Bien qu'aucun texte ne se prononce formellement, l'adjudicataire devra sans doute faire insérer dans la formule une exception, telle que l'*exceptio pacti conventi* ou l'*exceptio dolo malo*, tendant à restreindre l'action des créanciers au dividende par lui consenti².

¹ Bonjean, *op. cit.*, t. II, p. 557.

² Tambour, p. 224, note 2. Peut-être aussi rédigeait-on la *condemnatio cum taxatione* : « duntaxat quot uncüs bona venierunt. »

La règle d'un dividende à payer plutôt qu'une somme fixe simplifie considérablement la liquidation du débiteur. L'*emptor*, actionné par un créancier hypothécaire, privilégié ou ordinaire, peu importe, devra s'exécuter au fur et à mesure des poursuites dirigées contre lui, et il ne pourra temporiser sous le prétexte que des ayants droit munis de droits de préférence demeurent sans doute encore inconnus : aux créanciers hypothécaires et privilégiés il remboursera le tout, sans avoir de classement à observer entre eux ; aux créanciers purement chirographaires il paiera pour partie ; et ainsi toute procédure de contribution se trouve hors d'utilité¹.

B. — Des Poursuites « contre les Tiers. »

Si les créanciers n'ont retiré de leurs actions contre l'acheteur qu'un paiement incomplet, il y va de leur intérêt de recourir à l'action Paulienne, pour faire rescinder (*restitui in pristinum statum*) certains arrangements conclus entre le débiteur et les tiers, et causant préjudice à leurs droits : « *Que fraudationis causa gesta erunt, porte l'Édit, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curator bonorum, vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo.....*² ».

¹ Tambour, p. 234 ; Maynz, *op. cit.*, § 300, p. 605 *et seq.* ; Contra Zimmermann, § LXXX, trad. d'Etienne, p. 249-250.

² Ulpien, L. 1, *præm.*, Dig., *Quæ in fr. cred.*, XLII, 8. Par l'expression de : « *arrangement* », nous traduisons le mot : « *contractum* » (L. 1, § 2, *cod. tit.*), dont le sens vague implique ici

Pour mettre en relief les divers points de contact de l'action Paulienne avec la *Bonorum Venditio*, nous étudierons sommairement les cas d'application de cette action révocatoire, puis les personnes qui l'intentent, et la durée de son temps d'exercice.

I. — CAS D'APPLICATION DE L'ACTION PAULIENNE

Nous savons que le débiteur, dont les biens ont été saisis, ne jouit plus de l'exercice de ses droits¹; mais, par suite du caractère prétorien de la *Missio*, son dessaisissement ne comporte pas pour sanction la nullité radicale des actes qu'il accomplirait en fraude de ses créanciers, si l'on excepte toutefois les affranchissements d'esclaves². En l'absence de textes frappant le débiteur d'une incapacité absolue de s'obliger et de disposer, tous actes passés par lui sont valables, mais ils sont rescindables au moyen de l'action Paulienne ou de l'interdit fraudatoire. C'est ainsi que pourrait être annulé le paiement fait *post bona possessa*, car le créancier remboursé par anticipation n'ignore pas le dommage qu'il cause à ses cocréanciers : il devient dans une certaine mesure le complice du dol du débiteur; par ailleurs, en vertu de l'ordonnance d'envoi, il y a, dans les rapports des créan-

l'accord de deux volontés nuisant aux intérêts de la masse des créanciers; et, par le mot : « tiers », nous entendons : toute personne, créancière ou non du débiteur, qui se prête à l'arrangement frauduleux.

Supra, pp. 179 et 180.

Loi *Ælia Sentia* (an 757, U. C.).

ciers, dessaisissement virtuel des valeurs que le *defraudator* parviendrait à dérober pour avantager l'un d'entre eux, et, puisque tous sont censés avoir déployé la même vigilance, nul ne peut se créer une situation privilégiée¹. Le dessaisissement se trouve également opposable aux tiers qui contractent avec le débiteur *sans être d'ores et déjà ses créanciers* : malgré l'absence de documents à cet égard, le doute est inadmissible. En vérité, il serait bizarre de conserver au débiteur le pouvoir d'engager un patrimoine, qu'on lui retire le droit d'administrer ! Les tiers auraient tort de se plaindre : la publicité donnée à l'envoi ne remplit-elle pas à leur égard l'office d'une défense formelle de contracter² ? Le dessaisissement vaut donc bien contre les tiers étrangers à la masse des créanciers : en conséquence les aliénations, et, d'une manière générale, tous les arrangements pris en fraude par le débiteur sont révocables par l'action Paulienne ; l'exécution des conventions pourrait même être empêchée par le simple refus du prêteur de délivrer une formule d'action³.

¹ Ulpien, L. 6, § 7, et L. 10, § 16, Dig., *Quæ in fr. cred.*, XLII, 8. Même solution, relativement à la constitution d'un gage ou d'une hypothèque par le débiteur au profit de l'un des créanciers compris dans l'envoi.

² Nous généralisons ainsi la disposition de la Loi 10, § 3, d'Ulpien (*eod. tit.*), d'après laquelle est annulable par l'action Paulienne l'achat, fait par une personne à qui les créanciers ont notifié, en l'absence de *missio in possessionem*, défense de contracter : « *non enim caret fraude, qui conventus testato perseverat.* »

³ Paul, L. 9, *eod. tit.* ; Ulpien, L. 9, § 5, Dig., *de Jurej.*, XII, 2. La *révocabilité* des actes du débiteur postérieurs à l'envoi est admise par Accarias, t. II, p. 1093, note 2 ; Tambour, p. 180,

A plus forte raison concluons-nous à la validité des actes passés par le débiteur *antérieurement* à la *missio* ; mais là encore, les créanciers se trouvent investis d'un droit de révocation, de telle sorte que, pour autoriser l'action Paulienne, il est inutile de distinguer si les opérations ont précédé ou suivi l'envoi : un acte fait cependant exception, le seul qui ne soit annulable que s'il a été effectué *après* la *missio*, c'est le *paiement* ¹.

Prenons tout d'abord l'hypothèse où une dette *exigible* a été payée avant l'ouverture de la déconfiture.

Un premier système enseigne la possibilité de l'action Paulienne pour les motifs que voici :

1° Le créancier désintéressé n'est vraisemblablement pas resté étranger à une pensée de fraude : or « *quodcumque fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, quaecumque fuerit* » ².

2° Une analogie frappante existe entre le mari, qui de bonne foi reçoit une dot que lui remet *consilio fraudandi* son beau-père, et le créancier, qui accepte d'un débiteur frauduleux le paiement d'une dette échue. En effet, le gendre jouit d'un droit de dotation, comme le créancier a droit à l'acquittement de la dette ; voilà pourquoi, le gendre qui a touché la dot de bonne foi n'est pas plus

note 3, et pp. 298-299 ; Vainberg, *op. cit.*, p. 226, etc. Contra Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 610, note 34, lequel enseigne leur nullité de plein droit.

¹ Les Romains n'avaient pas un système de nullités analogue à celui qu'édicte notre Code de commerce (art. 446, 447 et 448, al. 2) relativement aux opérations conclues par le failli depuis la cessation de paiements, ou quelquefois dans les dix jours qui l'ont précédée, jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite.

² Ulpien, L. 1, § 2, Dig., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8.

obligé de la restituer, que n'est tenu de rapporter à la masse le créancier satisfait : « *In maritum, qui ignoraverit, non dandam actionem ; non magis quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit : cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit*¹. » De ce rapprochement il ressort, dit-on, que le créancier de mauvaise foi doit rendre la somme qui lui a été versée, de même que nous voyons le mari, qui a reçu la dot de mauvaise foi, être contraint d'en opérer la restitution.

3° Enfin, on argumente d'un texte, où Papinien suppose qu'un tuteur insolvable, voulant favoriser l'un de ses créanciers personnels, lui délègue le débiteur de son pupille : le créancier a beau être muni d'une créance liquide et exigible, il n'en reçoit pas moins un paiement qui porte atteinte au privilège du pupille sur les biens du tuteur ; aussi, le créancier désintéressé, « *si eum consilium fraudis participasse constabit* », se verra actionné par le pupille au moyen de l'interdit fraudatoire².

Préférable est le système, qui n'appelle pas à contribution le créancier payé. En effet, y eût-il fraude de la part du débiteur (*consilium fraudis*) occasionnant un préjudice aux créanciers (*eventus damni*), le troisième élément nécessaire à l'application de l'action Paulienne, la complicité du tiers (*mala fides*), manque totalement. Le créancier qui reçoit « *debitum suum* » ne fait en définitive qu'exercer son droit, il veille à ses intérêts, la loi ne peut que le récompenser de sa vigilance³. De ce

¹ Venuleius, L. 25, § 4, Dig., *cod. tit.*

² Papinien, L. 96, *præm.*, Dig., *de Solut.*, XLVI, 3.

³ Ulpien, L. 6, §§ 6 et 7, Dig., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8 : « *Sibi enim vigilavit* » ; Scævola, L. 24, *in fine, cod. tit.* : « *Sed vigi-*

que le créancier n'a pas ignoré l'insolvabilité du débiteur, s'ensuit-il qu'on doive le tenir pour « *consciens fraudis* » ? Non, il pouvait poursuivre, partant il pouvait recevoir. Le tuteur ou le curateur, qui refuserait généreusement un paiement, n'engagerait-il pas sa responsabilité envers le pupille ? En vérité, ce serait de la part du créancier une abnégation surhumaine, que de se résigner à une perte certaine par égard pour des gens inconnus ! Mieux vaut dire que le créancier ne viendra pas à partage, parce que « *nihil dolo creditor facit, qui suum recipit* »¹.

C'est précisément cette absence de dol, qui réduit à néant les arguments de l'opinion adverse. Le premier tombe de lui-même. Le deuxième pousse trop loin l'analogie, en établissant un parallèle, que le jurisconsulte se garde bien de faire, entre un « *sciens maritus* » et un « *sciens creditor* », car l'un est effectivement passible de l'action Paulienne, tandis que l'autre n'en est pas tenu ; le texte invoqué corrobore donc plutôt notre thèse, puisque l'on y compare le mari, *qui ne peut pas être actionné* pour avoir accepté une dot de bonne foi, au créancier, qui recouvre le montant de sa créance. Quant au troisième argument, la portée en est d'abord amoindrie par ce fait, qu'il y a fraude notoire à se laisser payer en deniers que l'on sait ne pas appartenir à son débiteur ; et puis, le cas prévu est trop spécial, pour qu'on puisse assimiler le créancier satisfait à un acqué-

lavi, meliorem meam conditionem feci; jus civile vigilantibus scriptum est : ideo quoque non revocatur id, quod percepi. »

¹ Paul, L. 429, *præm.*, Dig., de Reg. jur., L. 17.

reur à titre onéreux ; si la loi accorde l'interdit fraudatoire, *non pas à la masse entière, mais seulement au pupille*, c'est pour vivifier son privilège sur une valeur qui n'est pas tombée dans le patrimoine de son tuteur : or il est naturel, que la situation d'un créancier privilégié, comme est celle du pupille, reçoive une protection plus large, que les intérêts de simples créanciers chirographaires.

Concluons donc, que l'acquittement d'une dette exigible, fait avant la déclaration d'insolvabilité du débiteur, ne donne pas ouverture à l'action Paulienne¹.

Un troisième système admet pourtant la révocabilité du paiement opéré, *avant la missio, per gratificationem, par faveur pour le créancier*². Malheureusement, les Lois 6, § 2, Dig., *de Reb. auct. jud.*, et 24, Dig., *Quæ in fraud. cred.*, sur lesquelles repose par analogie cette opinion mixte, traitent non pas de la révocation des paiements par l'action Paulienne, mais de la validité des paiements effectués envers quelques créanciers de la succession d'un *paterfamilias*, par son fils impubère, qui, plus tard, à la suite d'une *restitutio in integrum*, vient à

¹ Sic Franck, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. XVI, Heidelberg, 1833, pp. 125-142 et 251-270, article : *Ueber Zulässigkeit der Actio Pauliana in Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungsstatt*; Vangerow, *Lehrbuch der Pandecten*, vol. III, 6^e édit., 1863, pp. 647-655; Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 1093; Guillonard, *de l'Action Paulienne*, Thèse pour le doctorat, p. 83 *et seq.*, Caen, 1869; Demangeat, *op. cit.*, t. II, p. 607; Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 610; Contra, Vainberg, *op. cit.*, pp. 237-251.

² Sic Vainberg, pp. 251-255. Contra Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 1094, note 1; Demangeat, *op. cit.*, t. II, p. 608; Guillonard, *op. cit.*, p. 84.

s'abstenir : on comprend dès lors, que les actes du *suus heres* soient, conformément aux principes généraux, maintenus ou rescindés, suivant sa bonne ou sa mauvaise foi, abstraction faite de l'intention bonne ou mauvaise de l'ayant droit¹. D'ailleurs, Scaevola, dans la seconde partie de la Loi 24², abandonnant le cas particulier du pupille pour aborder celui du *defraudator* qui satisfait certains créanciers avant la *missio in possessionem*, rejette sans distinction l'action Paulienne³. C'est qu'en effet la situation dans les deux hypothèses n'est pas la même. L'héritier sien, qui doit plus tard s'abstenir, se trouve en réalité dans la condition d'un propriétaire apparent, et, s'il commet des paiements de faveur, il se répand en largesses avec le bien d'autrui : aussi restreint-on sa liberté, quitte à déroger à la règle qui constitue le droit commun pour les créanciers : « *Jus civile vigilantibus scriptum est* » ; au contraire, le *defraudator* est propriétaire, et sa partialité vis-à-vis de certains créanciers échappe à la critique des moins favorisés, parce que ces derniers ont dû la pressentir en contractant. Enfin le doute n'est plus possible après analyse de la Loi 6, § 7 du titre *Quæ in fraud. cred.*, au Digeste : Ulpien, examinant toutes les hypothèses qui peuvent se présenter, prononce le maintien ou la révocabilité du paiement, suivant qu'il s'est produit avant

¹ Paul, L. 6, § 4, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5, et Julien, L. 44, Dig., *de Adquir. vel omitt. hered.*, XXIX, 2.

² A partir des mots : « *Quid ergo...* »

³ Tambour (*op. cit.*, pp. 299-302) émet sur cette question des idées contradictoires, puisqu'il étend à notre matière l'application de la Loi 6, § 2, et qu'il en écarte celle de la Loi 24.

ou après l'envoi ; le jurisconsulte pose ainsi une alternative, qui ne laisse place à aucune sous-distinction. La théorie du paiement *per gratificationem* ne saurait donc être transportée en dehors du cas tout spécial qu'elle régit.

L'action Paulienne semble encore inapplicable, le paiement eût-il pour objet d'éteindre *une obligation naturelle* ; car, si dans l'espèce le créancier ne possède aucun droit de contrainte, il ne reçoit jamais qu'avec la meilleure bonne foi le strict remboursement d'une créance qui existe à son profit¹.

Passons maintenant à l'acquittement d'une dette *non exigible*, accompli par le débiteur avant la *missio in possessionem*. Dans ce cas, le paiement a beau être réalisé avant l'échéance, il n'en demeure pas moins valable en soi, car la dette existe malgré le terme dont elle est affectée, et de plus, « *nihil dolo creditor facit, qui suum recipit* » ; mais, comme il y a dommage causé à la masse par suite de l'inobservation du terme, l'action Paulienne sera recevable dans la mesure du recouvrement de l'*interusurium*, c'est-à-dire que le créancier satisfait devra compte à la masse de tous les intérêts ou autres avantages, qu'il a obtenus grâce à la jouissance anticipée de son argent².

¹ Vangerow, *loc. cit.* ; Contra, Franck, *loc. cit.*, et Vainberg, *op. cit.*, pp. 258-259.

² Ulpien, L. 10, § 12, et Julien, L. 17, § 2, Dig., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8. Sic Vangerow, *loc. cit.* ; Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 1094 ; Guillouard, *op. cit.*, p. 85 ; Tambour, *op. cit.*, p. 295 ; Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 610, note 32. — Contra Vainberg, *op. cit.*, pp. 253-258, sous prétexte que le créancier est *fraudis particeps*, et que « le dommage causé aux créanciers ne consiste pas seule-

Du paiement se rapproche la *datio in solutum*. La révocabilité perce d'elle-même lorsque la *datio* a suivi l'envoi : mais quelle en est la valeur, au cas où elle a précédé l'ouverture de la déconfiture ? Tout dépend de la nature que l'on assigne à cette opération¹. S'il est vrai, conformément à la doctrine Proculienne, que la *datio* constitue une vente consentie par le débiteur à son créancier², elle est annulable, comme le serait une véritable vente, parce que le créancier contracte une obligation nouvelle, dans laquelle il peut apporter une insigne mauvaise foi : notamment l'intention frauduleuse apparaît dans la remise d'un objet, dont le prix dépasse le montant de la créance³. Mais si la *datio* n'est qu'une forme du paiement, comme le prétendaient avec raison les Sabinien, elle est opposable à la masse des créanciers, ou du moins elle demeure inattaquable suivant les mêmes règles et dans la même mesure que s'il y avait eu paiement.

ment dans la perte des intérêts, mais dans l'excédent de la somme reçue par le créancier favorisé, qui n'a pas fait tomber sa créance dans la masse » (p. 256). De fait, si le terme se trouve fixé à une époque postérieure à la *missio*, tout créancier, dont le titre n'est pas privilégié, est payé au prorata de sa créance seulement ; or, pour rentrer dans la condition qu'il aurait eue, s'il avait été désintéressé à l'échéance, le créancier satisfait paraît bien devoir rapporter les intérêts et le capital lui-même, après défalcation du dividende auquel il a droit.

¹ Gaius, III, § 168.

² Ulpien, L. 15, Dig., *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4.

³ Cette opinion, admise à la fois par Franck (*loc. cit.*), Vangerow (*loc. cit.*) et Vainberg (*op. cit.*, p. 259), s'appuie sur la loi 25, § 3 de Venuleius, Dig., *Quæ in fr. cred.*, XLII, 8 ; mais les termes en sont assez vagues, pour permettre de douter qu'ils fassent allusion à l'hypothèse d'une *datio in solutum*.

II. — DES PERSONNES POUVANT EXERCER L'ACTION PAULIENNE

La faculté d'intenter l'action Paulienne appartient à tous les créanciers, qui ont procédé à la *Bonorum Venditio*, et dont la créance est *antérieure* à l'acte incriminé, car eux seuls peuvent avoir été lésés dans leurs droits : l'action révocatoire est leur bien commun, alors même que l'esprit frauduleux du débiteur n'aurait visé que l'un ou quelques-uns d'entre eux¹. Mais, pour éviter la complication de poursuites multiples, le prêteur remet l'exercice de l'action Paulienne au curateur chargé d'administrer les biens (*curatori bonorum*), dont la mission consiste effectivement dans l'introduction des actions au nom de la masse des créanciers². En l'absence de curateur ou sur son refus d'agir, l'action est accordée « *ei cui de ea re actionem dare oportebit* ». Par ces mots, on doit entendre tout créancier quelconque, qui dispose d'un droit antérieur à l'envoi, et dont les intérêts ont été blessés par l'acte révocable, c'est-à-dire le créancier pur et simple, à terme ou conditionnel³, et même le créancier hypothécaire aussi bien que le créancier chirographaire ordinaire ou privilégié ; en effet, le créancier hypothécaire est susceptible de rencontrer des

¹ Accarias, t. II, n° 851, pp. 1091 et 1092 ; Demangeat, t. II, p. 605 ; Gavouyère, *op. cit.* (2^e année), p. 49 ; Labbé, à son cours.

² *Supra*, pp. 201, 202 et 204, note 1. Contra Zimmermann, § LXXXII, trad. d'Étienne, p. 253, lequel attribue, mais à tort, au *magister* l'exercice de l'action Paulienne.

³ L. 27, *præm.*, Dig., *Qui et a quib. manumissi*, XL, 9. (*Supra*, p. 144.)

difficultés pour prouver son gage, ou bien, quoique placé en dehors de la masse, il peut venir s'indemniser, au cas d'insuffisance de son hypothèque, sur le reste des biens du *defraudator* : dans ces deux cas, l'intérêt qu'il possède à l'absence de détournements frauduleux, devient identique à celui du créancier chirographaire¹.

Des termes de l'Édit : « *vel ei qui de ea re actionem dare oportebit* » il découle encore, que les créanciers fraudés ne sont point obligés de se réunir tous ensemble, pour intenter l'action Paulienne, ou pour être représentés par le curateur : un seul peut agir². Mais le bénéfice de la révocation ne revient pas exclusivement au créancier qui a poursuivi³ : il n'est pas non plus réservé à l'ensemble des créanciers fraudés ; il appartient, sans distinction aucune, à la masse des créanciers du *defraudator*, et par conséquent, même aux créanciers dont la créance est postérieure à l'acte frauduleux⁴.

III. — DE LA DURÉE DE L'ACTION PAULIENNE

En raison de son caractère d'action pénale préto-rienne, l'action Paulienne est annale : cette année du

¹ Guillouard, *op. cit.*, p. 34. Contra Vainberg, p. 265. Nous sous-entendons ici, que les biens détournés sont autres que des biens soumis à hypothèque ; sans cela, le créancier hypothécaire, armé du droit de suite, n'a que faire de l'action Paulienne.

² Tambour, p. 276. De même, la demande d'envoi en possession pouvait être collective ou particulière (*Supra*, pp. 130-131).

³ Conformément à la règle que, depuis l'envoi, tout créancier doit compte de ce qu'il a reçu (*Supra*, p. 291).

⁴ Labbé, à son cours ; Tambour, p. 275. Cette disposition rappelle la généralité du bénéfice de l'envoi.

resté se compte *utilement*, c'est-à-dire par les jours durant lesquels « *fas est adire magistrum* ».

Mais quel est le point de départ de ce délai? C'est, répond l'Édit, le jour où les créanciers fraudés ont pu agir : « *intra annum, quo experiundi potestas fuerit.* » La date, dont il est ici question, n'est certainement pas celle de la naissance de l'acte frauduleux, car en soi cet acte peut ne rien comporter de préjudiciable aux créanciers¹. Le véritable point de départ de l'année utile est le jour de la vente des biens (*ex die factæ venditionis*), parce que, à cette époque seulement, la preuve de l'insolvabilité du *defraudator* viendra démontrer le préjudice occasionné par sa fraude².

Néanmoins, la durée d'exercice de l'action Paulienne peut se trouver tantôt restreinte, tantôt, au contraire, prorogée.

Restreinte? quand le droit, auquel a renoncé le débiteur, est lui-même de moindre durée. En effet, supposons une obligation soumise à un terme extinctif, comme celle du *sponsor* qui est libéré au bout de deux ans : aura-t-on le droit, pourvu qu'on agisse dans l'année qui suit la *Venditio*, d'en faire annuler la libération frauduleuse? Oui, si le terme résolutoire est encore à venir, et dans la mesure du temps qui reste à courir pour la durée de l'obligation; non, lorsqu'en dehors même de

¹ Pour soutenir le contraire, on argumente de la combinaison des Lois 144, § 1, Dig., de *Reg. jur.*, L. 17 : « *In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus* », — et 6, § 9, Dig., *Quæ in fr. cred.*, XLII, 8 : « ... Qui... aliquid a fraudatore vel emit, vel stipulatus est, vel quid aliud contraxit... »

² Ulpian, L. 6, § 14 et L. 10, § 18, Dig., *Quæ in fr. cred.*, XLII, 8. Cf. Guillouard, *op. cit.*, pp. 54-56.

l'*acceptilatio*, le *sponsor* est par le temps à l'abri des poursuites : car alors, étant donné qu'on ne s'oblige pas jusqu'à un terme *déjà écoulé*, il ne devient plus possible de restituer *in pristinum statum* l'obligation remise¹.

D'un autre côté, l'action Paulienne se prescrit sans doute, en ce qui concerne la rescision entière de l'acte frauduleux et les dommages et intérêts correspondants, par le laps d'une année utile ; mais, même après l'année, le défendeur reste tenu dans la mesure de son enrichissement : « *de eo, quod ad eum pervenit, dolove malo ejus factum est, quominus perveniret,* » parce que « *iniquum prætor putavit, in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude* »².

C. — Des nouvelles poursuites « contre le débiteur. »

Nous savons que le *defraudator*, dépouillé de tous ses droits actifs par la *Venditio*, devient incapable d'agir *ex ante gesto*³ : nous nous demanderons maintenant, si réciproquement il est libéré de ses anciennes obligations, si, en d'autres termes, les créanciers partiellement désintéressés ne peuvent pas *ex ante gesto* le poursuivre, lors même que sa situation se serait améliorée par la survenance de nouveaux biens.

En simple logique, le débiteur semble bien être libéré ; car la transmission de ses biens en masse doit

¹ Ulpien, L. 10, § 23, *cod. tit.* Gavonyère, à son cours ; Guillaouard, *op. cit.*, p. 31 ; Tambour, p. 316.

² Ulpien, L. 10, § 24, *cod. tit.*

³ *Supra*, p. 253 et seq.

entraîner l'extinction de ses obligations au même titre que l'effacement de ses créances ¹. Un texte d'Ulpien favorise même à première vue ce système : « *Quod postea contractum erit, quam is, cujus bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur* ². » Voici l'hypothèse. Un débiteur, après avoir traité frauduleusement avec un tiers de mauvaise foi, subit la vente en bloc de son patrimoine : est-il loisible au tiers contractant d'agir en paiement de sa créance ? Ulpien refuse l'action et à bon droit, parce que l'individu, qui sciemment procure à un débiteur le moyen de frustrer ses créanciers, ne mérite pas les faveurs de la loi. Est-ce à dire pour cela, qu'en thèse générale aucune action *ex ante gesto* ne soit recevable contre le débiteur exproprié ? Nullement ; car l'action refusée par le jurisconsulte est sans doute dirigée, non pas contre le débiteur, mais bien contre l'acheteur. La place qu'occupe le texte invoqué dans les œuvres d'Ulpien démontre le bien-fondé de notre supposition ³ ; et, d'autre part, s'il est inadmissible que, pour n'être point en butte à des poursuites, un débiteur se prévale de sa fraude personnelle, on conçoit fort bien, au contraire, que l'acquéreur excipe de la mauvaise foi du demandeur

¹ Sic Troplong, *op. cit.*, p. cviii ; Maynz, *op. cit.*, p. 604, note 59. Dans le système de ces auteurs, la *Bonorum Venditio* produirait le même effet que le Concordat en droit français.

² Loi 25, Dig., de *Reb. auct. jud.*, XLII, 5.

³ En effet, la Loi 25 est extraite du livre 64^e du *Commentaire* d'Ulpien sur l'Édit, et les livres 63 et 64^{es} traitent des privilèges et de la *Bonorum Separatio* accordés aux créanciers ; or, ces avantages ont trait bien plus aux relations des créanciers entre eux et avec l'acheteur, qu'aux rapports du créancier avec le débiteur.

pour repousser sa prétention, et même que la loi dénie purement et simplement au tiers contractant le droit d'attaquer l'acquéreur ; enfin, la loi ne saurait se montrer trop bienveillante envers les créanciers fraudés, auxquels il importe d'être le moins nombreux possible, pour rencontrer un acheteur qui promette un dividende d'autant plus élevé. Du texte d'Ulpien, il n'y a donc à conclure « ni que l'action n'existait plus contre le débiteur, ni qu'elle existait toutes les fois qu'il n'y avait pas fraude ¹. »

Aussi bien doit-on dire, avec la majorité des auteurs, que le débiteur n'est pas définitivement libéré de ses obligations après la vente en masse de ses biens, que par conséquent il reste en butte, non seulement à la *procédure d'exécution* qui aboutira à une seconde vente, mais encore à la *procédure de jugement* résultant de l'exercice des actions que n'ont point perdues ses créanciers ².

Premier argument. — L'insolvable, au point de vue *actif*, conserve dans des cas exceptionnels l'exercice de certaines actions *ex ante gesto* : par exemple, le patron *indigent* peut agir après l'adjudication de son patrimoine pour obtenir les *opera* réclamées antérieurement à la *Venditio* ³ ; il n'est donc pas absolument irrationnel, qu'en

¹ Tambour, *op. cit.*, pp. 226 et 227.

² Ortolan, t. III, p. 419 ; Machelard, *des Obligations naturelles*, p. 510 ; Bonjean, t. II, p. 555 ; Tambour, pp. 226-229 ; Vainberg, p. 282 ; Walter, *op. cit.*, p. 93 ; Van Wetter, t. II, § 523, p. 246.

³ *Supra*, pp. 256-257.

sens inverse on puisse agir *ex ante gesto* contre lui dans des hypothèses également favorables.

Deuxième argument. — Qu'on ne vienne pas objecter ici, qu'il est impossible de demander le remboursement d'une dette à un individu, dont la personnalité a disparu dans le passé : la même personnalité n'en disparaît pas moins en cas de vente après Cession, et pourtant le cédant reste tenu de ses dettes anciennes sur les biens nouvellement acquis dans la mesure, où le produit de la vente de son patrimoine ne les a pas éteintes¹. Le principe est certain, et les distinctions que comporte son application témoignent de la plus grande netteté : s'il est avéré, que le cédant n'a pas recueilli de nouveaux biens, ou tout au moins qu'ils sont de trop faible importance (*modicum aliquid*)², le magistrat refusera la formule d'action; y a-t-il doute sur le point de savoir si le cédant s'est constitué un patrimoine susceptible de motiver de secondes poursuites (*facultates quibus prætor moveri possit*)³, le magistrat délivrera l'action, mais en insérant dans la formule l'exception *nisi bonis cesserit*, afin que la demande, appréciée d'après certains principes d'évaluation, puisse au besoin être repoussée⁴;

¹ C. 1 d'Alexandre, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71 : « *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati.* » Adde Ulpien, L. 6, Dig., de *Cess. bon.*, XLII, 3.

² Ulpien, L. 6, Dig., de *Cess. bon.*, XLII, 3.

³ Modestin, L. 7, Dig., *eod. tit.*

⁴ Ulpien, LL. 4 et 6, Dig., *eod. tit.*; C. 3 de Gordon, C., de *Bon. auth. jud.*, VII, 72. L'exception peut être opposée même à des créanciers antérieurs, qui n'ont rien touché comme ne s'étant pas présentés en temps utile (Arg. L. 4, § 1, d'Ulpien, Dig., de *Cess. bon.*, XLII, 3); de plus, elle est de celles qui ne profitent pas aux

enfin, s'il est indubitable que le cédant a fait des acquisitions nouvelles d'une assez forte consistance, le magistrat donnera encore l'action, mais il modifiera la *condemnatio* de la formule par la restriction : « *quatenus facere possit* », de telle sorte que le cédant se trouve condamné seulement dans la mesure de ses facultés¹. Or, quelle raison y a-t-il de distinguer entre la vente après cession et la vente en masse ordinaire ? aucune : mieux vaut dire que le débiteur dans l'un et dans l'autre cas n'est pas libéré. Nul texte, d'ailleurs, n'autorise une pareille différence ; et en vérité, le cédant, que la loi entoure de ses faveurs, ne peut encourir plus de rigueurs, que celui qui se trouve en butte à toutes les sévérités, et particulièrement à l'infamie : au contraire, si le débiteur, qui a fait cession, n'est pas affranchi de nouvelles

fidéjusseurs ayant garanti les obligations du cédant (*exceptiones personæ cohærentes*), attendu que ce serait priver le créancier d'une garantie précisément dans la circonstance en vue de laquelle il l'a stipulée (Arg. Just., *Inst.*, § 4, de *Replicationibus*, IV, 14).

¹ Ulpien, L. 4, *præm*, et L. 6, Dig., *eod. tit.* En dépit de l'argument qu'on a voulu tirer de la Loi 4, § 1, Dig., *eod. tit.* (Thibaut, *Civilistische Abhandlungen*, n° XVI, pp. 345-348, Heidelberg, 1814), il semble bien ressortir *a contrario* de la C. 3, C., de *Bon. auth. jud.* (VII, 72), que l'exception résultant du bénéfice de compétence n'est pas opposable aux créanciers *postérieurs* à la Cession (Sic Vangerow, § 174, note 2, 8°; Puchta, *Pandecten.* § 245, notes v et v, VII^e édit., Leipzig, 1863; Vainberg, *op. cit.*, pp. 137-138) : elle n'est opposable qu'aux créanciers antérieurs, sans distinction du reste entre ceux dont les poursuites ont amené la Cession et ceux qui n'ont pas agi une première fois (Sic Tambour, p. 230, texte et note 2). — Le bénéfice de compétence est personnel au cédant (Paul, L. 25, Dig., de *Re judic.*, XLII, 1) : il ne passe pas au fidéjusseur, à moins que ce dernier n'ait plaidé pour le débiteur et qu'il ait seulement garanti l'exécution de sa part (Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 4). — Ce bénéfice ne se retrouve pas en droit français.

poursuites de la part de ses créanciers, à plus forte raison en doit-il être ainsi du *defraudator*, qui n'a pas eu recours à ce bénéfice. Nous croyons même, que le jurisconsulte Modestin étend à la généralité des débiteurs, exécutés en vertu de la *Bonorum Venditio*, la règle qui prescrit la non-libération du cédant : « *Si debitoris bona venierint, postulantibus creditoribus permittitur, rursum ejusdem debitoris bona distrahi... : si tales tamen facultates acquisitæ sunt debitori, quibus prætor moveri possit*¹. »

Troisième argument. — Au fond, la personnalité juridique du débiteur ne disparaît guère qu'au point de vue actif ; dès lors, comme la *Bonorum Venditio* entraîne l'infamie sans doute, mais non pas de *minima capitis deminutio* éteignant les obligations civiles², il est entièrement juridique d'avancer, que les créanciers conservent leurs droits, et que le débiteur n'est pas libéré. C'est là le système vrai, celui qui ressort d'une manière irréfutable du § 155 du *Commentaire II* de Gaius : « *Illud ei commodum præstatur, ut ea, quæ post mortem patroni sibi adquisierit, ... ipsi reserventur ; cum ceterorum*

¹ L. 7, Dig., de *Cess. bon.*, XLII, 3. Le principe posé par Modestin rencontre son application dans la Loi 28 du Titre : *de Reb. auct. jud.*, au Digeste, XLII, 5 (*Supra*, p. 163, note 2). Javolenus se demande dans ce passage, si les créanciers du père décédé, et dont le patrimoine a été vendu, ont encore le droit de procéder contre le substitué à la *venditio* de la succession, qui est échue au pupille de son vivant. La question évidemment serait oiseuse, si, d'après le droit commun, les actions des créanciers ne survivaient pas à la première adjudication.

² *Supra*, p. 263.

hominum, quorum bona venierint, pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona veniri soleant. »

Gaius établit dans ce passage un parallèle entre l'esclave héritier nécessaire, au nom de qui se fait la vente du patrimoine de son maître, et le débiteur, dont les biens sont vendus en bloc : ils encourent tous les deux une note infamante, mais le premier obtient seul la *Bonorum Separatio*. Par l'effet de ce bénéfice, il se fait deux masses, comprenant : l'une, les biens héréditaires qui restent le gage des ayants droit du *de cuius* ; l'autre, les acquêts survenus plus tard à l'héritier, lesquels servent de garantie à ses créanciers personnels. Les biens propres de l'esclave feront, il est vrai, l'objet d'une première vente par suite de la confusion qui s'est opérée en lui ; mais, au cas d'insuffisance des biens héréditaires, il jouit du privilège de soustraire aux poursuites des créanciers de la succession les biens, qu'il a acquis depuis la mort de son maître, soit avant, soit après la *Bonorum Venditio*¹. Nous en concluons, que le bénéfice, *exceptionnellement* accordé à l'esclave héritier nécessaire, d'être libéré vis-à-vis des créanciers du *de cuius* par la vente des biens héréditaires, confirme la *règle générale*, en vertu de laquelle les mêmes créanciers ont le droit de faire vendre plusieurs fois les biens d'un même débiteur. Et qu'on ne vienne pas contester la

¹ Gaius, II, 455, à moins donc que ces biens nouveaux ne proviennent *ex hereditaria causa* ; par exemple, le testateur avait affranchi un esclave qui est actuellement Latin-Junien : « *Vivit liber, moritur servus* ; » les biens de cet affranchi, considérés à sa mort comme un pécule, sont le gage des créanciers héréditaires (*eod.*).

portée de la fin du texte de Gaius : il y est bien question de poursuites *ex ante gesto*, la preuve en est dans le rapprochement établi avec l'*heres necessarius* qui, sans le secours de la *Bonorum separatio*, reste très certainement attaquable pour des dettes antérieures à la vente du patrimoine successoral¹. De même, ce serait tronquer la signification de ce passage, que de donner aux mots : « *venierint pro portione*..... » le sens de « vente partielle. » Gaius, à l'époque où il écrivait, n'a pu parler que d'une vente en masse, comme le témoigne la signification habituelle du mot : « *veniri* », et d'une vente en masse dont le produit a procuré seulement « *un dividende, une portion de ce qui était dû.* » Ce que le jurisconsulte a voulu dire, c'est que les créanciers agissent d'abord contre l'adjudicataire en paiement du dividende obtenu (*pro portione*), et qu'ils se retournent ensuite, pour l'excédent de leurs créances, contre le débiteur sur les biens qu'il pourra acquérir² : c'est en d'autres termes exprimer, que les débiteurs, dont l'expropriation a fourni un paiement partiel, ne se trouvent pas libérés.

On objecte, il est vrai, que l'impossibilité d'agir *ex ante gesto* ressort en toutes lettres d'un passage de Venuleius, qui forme au Digeste la Loi 25, § 7 du titre : *Quæ in fraudem creditorum* (XLII, 8). « *Hæc actio (Pauliana) etiam in ipsum fraudatorem datur ; licet Mela non*

¹ Accarias, t. I, p. 863.

² Pellat, Traduction de Gaius, note sur le § 155 du *Commentaire II*. L'*emptor* ne succède donc pas complètement *in universum jus* à l'exproprié : sans quoi, il lui succéderait pour l'avenir comme pour le présent.

putabat, in fraudatorem eam dandam : quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur ; et iniquum esset, actionem dari in eum, cui bona ablata essent. Si vere quædam disperdidisset, si nulla restitutione recuperari possent, nihilominus actio in eum dabitur : et prætor non tantum emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam pœnam. » L'espèce, la voici : « Des créanciers ont fait vendre en bloc le patrimoine de leur débiteur et, comme le passif n'est pas complètement couvert, ils entendent lui demander compte d'un acte frauduleux qui leur nuit. Mais en pareille hypothèse, objecte le jurisconsulte Mela, l'action des créanciers contre le *defraudator* est éteinte, parce qu'une action dirigée contre le débiteur à raison d'un droit antérieur à la vente ne se conçoit pas. Et Venuleius de répondre : le prêteur la donnera cependant si, DEPUIS L'ADJUDICATION, le débiteur a dissipé des biens qui ne puissent être restitués dans le gage des créanciers : il la donnera plutôt afin de châtier le débiteur de sa mauvaise foi, que pour indemniser les créanciers du préjudice qu'ils supportent. » En présence d'un texte aussi formel, comment pourrait-on nier, que les créanciers n'aient plus d'action contre l'exproprié à raison de ses dettes contractées avant la vente ?

Le fait est, qu'entre Gaius et Venuleius le désaccord semble complet.

Et alors on a imaginé la conciliation suivante : Que dit la Loi 25, § 7 ? « *Quia nulla actio in eum ex ante gesto.....* » Ces mots semblent indiquer une action dirigée contre la personne même du débiteur, et Venuleius nous

présente comme exceptionnelle la possibilité de l'action Paulienne, car « *en général on ne doit pas jouir d'action IN PERSONAM contre le débiteur.* » De son côté, que dit Gaius au § 155 de son *Commentaire II* ? Il parle d'une seconde vente, c'est-à-dire d'actions IN REM dirigées contre les biens du débiteur et non contre lui-même. En conséquence, les créanciers ne pourront plus sans doute intenter d'actions *ex ante gesto* véritables contre le débiteur, mais ils réaliseront, s'ils le veulent, les biens acquis à nouveau, au moyen d'une seconde vente *qui continuera l'exécution et sera comme un appendice de la poursuite antérieure* sans nouvelle action proprement dite¹.

Une telle manière de voir suppose deux choses : que la *Bonorum Venditio* opère de plein droit l'extinction des actions *ex ante gesto* contre le débiteur, et que les conséquences de la *missio in possessionem* s'étendent même aux biens à venir : propositions également condamnables. En effet, il serait étrange que la *Venditio*, dont l'origine est prétorienne et le résultat exempt de *capitis deminutio*, pût effacer *ipso jure* des obligations reconnues par le droit civil, ainsi que les actions qui en dérivent. D'autre part, il ne serait pas impossible, que les effets du premier envoi s'étendissent même aux biens à venir en ce qui concerne les créanciers munis d'une sentence ou d'une *confessio in jure* : mais on se demandera comment ceux qui, en l'absence de titre exécutoire, profitent seulement de l'envoi qu'ont obtenu leurs cocréanciers, pourront bien provoquer une vente nouvelle. Permettre à ces derniers d'agir en vertu de l'ancien envoi en

¹ Etienne, *Commentaire des Institutes*, t. I, p. 575.

possession, c'est reconnaître que cet envoi comprend, par extension, même les acquisitions futures : or, cette proposition n'a pour elle aucun texte, elle choque l'esprit qui ne se prête pas à l'idée que l'envoi une fois accordé puisse être ainsi mis en réserve pour être utilisé à nouveau sans autorisation du magistrat, elle donnerait lieu à des difficultés énormes à raison du concours des créanciers postérieurs à l'envoi, et enfin elle est illogique par la différence qu'elle crée entre l'envoi après cession et tout autre envoi¹. Les créanciers, dépourvus de titre exécutoire, feront-ils agir les créanciers qui en sont investis, pour venir bénéficier une seconde fois de l'envoi obtenu par leur entremise ? Mais c'est jeter les uns à la discrétion des autres qui, par un concert frauduleux avec le débiteur, pourront paralyser de nouvelles poursuites sur les biens survenus depuis la vente. Ce premier essai de conciliation ne tient donc pas² ?

D'après un deuxième système, aucune action *ex ante gesto* ne peut plus être exercée contre le débiteur, sauf à raison des actes par lesquels il s'est frauduleusement appauvri et rendu insolvable, ce qui a pour effet de le soumettre à l'emprisonnement. Toutefois, les actions *ex ante gesto* ne sont pas éteintes de plein droit, elles ne le

¹ En effet, puisque les créanciers du cédant sont obligés d'introduire une action, plutôt que de saisir directement le nouveau patrimoine (*Supra*, pp. 306-307), c'est donc que l'envoi, qui suit la Cession et précède la vente, ne comprend que les biens actuels et non les biens futurs.

² Cf. Tambour, pp. 228-229.

sont que « *per exceptionem* », c'est le côté préférable par lequel se distingue de la précédente cette seconde opinion ; mais on y admet encore, que les créanciers n'ont plus besoin d'un jugement pour atteindre les biens ultérieurement acquis par le débiteur, et que le seul fait de l'acquisition autorise plusieurs expropriations successives aussi longtemps que les dettes demeurent impayées : ainsi, pas de nouvelle procédure de jugement, mais possibilité d'une seconde procédure d'exécution¹. Théorie insoutenable, puisque nous venons de constater que le droit des créanciers *non munis de titre exécutoire* semble bien épuisé à l'endroit du premier envoi en possession.

C'est à une troisième explication que doit s'arrêter l'interprétation des auteurs.

En premier lieu, *les obligations du débiteur ne se trouvent pas effacées par le seul fait de la vente en masse.*

En second lieu, si on ajoute foi au § 155 du *Commentaire II* de Gaius : «*si quid postea adquirant, etiam sepius eorum bona veniri soleant* », on ne contestera pas que la condition absolue de poursuites *ex ante gesto* réside dans l'acquisition de biens nouveaux par le débiteur.

Reste la question de savoir si on peut *actionner* le

¹ Sic Accarias, t. II, n° 781, p. 921, texte et note 4 ; n° 917, p. 1272, note 1. L'éminent auteur admet en outre (t. II, p. 921, note 2), que les créanciers postérieurs à la première *missio in possessionem* profiteront de la seconde, sans qu'ils doivent pour cela se trouver primés par les créanciers antérieurs, car le droit de préférence de ceux-ci paraît bien se limiter au patrimoine compris dans le premier envoi en possession (*Supra*, p. 193. *et seq.*),

débiteur en vertu d'un droit antérieur à la *missio* : l'affirmative n'est pas douteuse¹, parce que les créanciers, qui veulent entrer une deuxième fois en possession des acquisitions ultérieures du débiteur, doivent solliciter une nouvelle ordonnance du magistrat, et que la condition nécessaire pour requérir cette ordonnance est d'être préalablement muni d'une sentence ou d'un titre équivalent.

Sans doute, ceux des créanciers, dont les droits ont fait l'objet d'un jugement ou d'une *confessio in jure*, et qui ont participé à la première vente en masse, se trouvent par là même dispensés d'intenter une nouvelle poursuite judiciaire : ils peuvent directement réclamer la saisie et la vente, sans autre formalité. Mais si, dans la masse des créanciers qui ont pris part à la première vente, il s'en trouve qui ne soient pas armés d'un titre exécutoire, force leur sera de s'en faire délivrer un par l'introduction d'une instance contre le débiteur.

Et ainsi nous sommes amenés à émettre le principe, que les actions *ex ante gesto* persistent jusqu'à parfait paiement : seulement les créanciers n'agiront utilement, que si l'exproprié a recueilli de nouveaux biens ; dans le cas contraire, leur action sera paralysée au moyen d'une exception et même elle pourra leur être déniée par le magistrat si le fait de la non-survenance d'un patrimoine est absolument avéré.

La Loi 23, § 7, du titre : *Quæ in fraudem creditorum*, ne contredit en rien notre assertion. A la question

¹ Tambour, *op. cit.*, pp. 228-229. Cf. art. 539 et 604 du Code de commerce français.

qui lui avait été posée en matière d'action Paulienne, le jurisconsulte Mela avait répondu : « *Nulla actio in fraudatorem ex ante gesto post bonorum venditionem datur.* » Venuleius rapporte l'opinion, mais sans en endosser la responsabilité : il l'adopte d'autant moins pour son propre compte, qu'il en rejette l'application relativement à l'action Paulienne, et la manière dont il rend sa pensée témoigne suffisamment de la fausseté du raisonnement qu'on a édifié sur l'idée générale émise par le jurisconsulte Mela. En effet, aux yeux de Venuleius, les créanciers ont le droit de se plaindre de ce que le *defraudator* ait dissipé ses acquisitions postérieures à la vente (*si vere quædam disperdidisset*) : c'est donc que les biens nouvellement recueillis sont comme une sorte de gage, garantissant le paiement du surplus de leurs créances ; en outre, le magistrat, avant de donner l'action Paulienne, devra examiner si les créanciers peuvent être restitués contre les actes frauduleux de leur débiteur (*si nulla restitutione recuperari possent*) : les créanciers sont donc restés tels après la vente qu'auparavant, sans quoi à quel titre pourraient-ils bien se faire restituer ? et la preuve qu'ils n'ont pas cessé d'être créanciers, c'est que l'action Paulienne leur est accordée (*actio in eum dabitur*) par le seul fait de la survenance de nouveaux biens, et quoiqu'il ne reste plus rien au débiteur. Ainsi comprise, la fin du texte de Venuleius éclaire d'un tout autre jour la pensée du jurisconsulte Mela.

La vérité est qu'il n'y a pas lieu de concilier le § 7 de la Loi 25 de Venuleius avec le § 155 du *Commentaire II* de Gaius, parce qu'ils ne se contredisent pas, et qu'ils raisonnent dans deux espèces différentes.

Nous supposerons tout d'abord, que *le débiteur dont les biens ont été vendus n'a rien acquis de nouveau*, qu'il est resté dans la position où l'a constitué la *Venditio*. Dans ce cas, y a-t-il incertitude sur le point de savoir si le débiteur a ou non recueilli de nouveaux biens ? Le magistrat accordera au débiteur une exception, analogue à l'exception « *nisi bonis cesserit* », et rédigée peut-être en ces termes : « *nisi bona Numerii Negidii venierint*..... » Mais, si dès à présent le fait de la non-acquisition n'est pas contesté, ou bien si le débiteur en fournit la preuve au point qu'il soit manifestement en droit d'obtenir l'exception, le magistrat, plutôt que d'insérer l'exception dans la formule, refusera purement et simplement l'action : toute poursuite *ex ante gesto* sera déniée aux créanciers, conformément à l'assertion du jurisconsulte Mela rapportée par Venuleius au § 7 de la Loi 25 du titre : *Quæ in fraudem creditorum*.

S'il est au contraire établi, que *le débiteur a réellement acquis de nouveaux biens d'une certaine importance*, soit qu'il les possède encore, soit qu'il les ait dissipés, les créanciers partiellement désintéressés auront action contre lui : dans le premier cas, ainsi que le décident la *Constitution III* de Gordien au titre : *de Bonis auctoritate judicis* (C., VII, 72) pour l'hypothèse de la Cession de biens et le § 155 du *Commentaire II* de Gaius, parce que les acquisitions ultérieures à la *Venditio* continuent d'être leur gage, et dans le second cas pour obtenir la nullité des aliénations commises en fraude de leurs droits ; que si les aliénations frauduleuses ne peuvent pas être rescindées à cause de la bonne foi des tiers, les créanciers n'en conserveront pas moins la faculté de poursuivre le débiteur par l'action Paulienne aux termes

de la Loi 25, § 7, de Venuleius, pour lui faire expier, au moyen de l'exécution personnelle, ce qu'il s'est mis volontairement dans l'impossibilité de payer d'une autre façon¹.

De notre système il ne résulte jusqu'à présent aucune différence, au point de vue d'un second envoi en possession et d'une nouvelle vente, entre le débiteur qui a fait l'abandon de son patrimoine aux mains de ses créanciers, et celui qui n'a pas profité de cette ressource : faut-il encore pousser plus loin l'assimilation qui les rapproche en disant, que l'un et l'autre peuvent invoquer le bénéfice de n'être condamné que « *in quantum facere potest* ? » Cujas² admet, que le bénéfice de compétence appartient également à quiconque a subi la *Bonorum Venditio*, et cela en vertu d'un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, ainsi conçu : « *Si actu solenni precedentem obligationem peremisti: perspicis adversus fraudatorem INTRA ANNUM in quantum facere potest, vel dolo malo fecit, quominus possit, Edicto perpetuo tantum actionem permitti* »³. » Mais, en dehors d'un texte formel, nous

¹ C'est cette mesure extrême de l'emprisonnement, que prévient la Cession de biens (C. 1 d'Alexandre Sévère, C., *Qui bon. ced.*, VII, 74).

² Cujas, *Observ.*, XII, 5, *ad Leg.* 6, C., *de Revoc. his quæ in fr. cred.*

³ C. 6, C., *de Revoc. his quæ in fr.*, VII, 75. — Voici l'espèce : Postérieurement à son expropriation en bloc, le débiteur a acquis, entre autres choses, une créance contre un tiers : il lui a fait ensuite *acceptilatio* à une époque où il pouvait se faire payer, et le tiers est alors devenu insolvable. Dans ces conditions, le créancier du *defraudator* exercera l'action Paulienne, non contre le tiers, car elle serait dépourvue d'efficacité, mais contre le *defraudator* même, qui sera condamné « *in quantum facere potest, vel dolo malo fecit, quominus possit.* »

croyons, que le débiteur, dont les biens ont été vendus sans Cession préalable, ne peut pas, à toute action exercée contre lui *ex ante gesto*, opposer le bénéfice de compétence. En effet, le texte invoqué par Cujas est dénué de portée générale : il vise l'hypothèse particulière, où l'action Paulienne est dirigée contre la personne du débiteur. Et même, ce texte ne contient pas en réalité une application du bénéfice de compétence ; autrement, comment concilier l'application de la contrainte corporelle (*pœnam*), comme conséquence de l'action Paulienne dirigée contre le débiteur au cas de dissipation dolosive des biens nouvellement acquis, avec l'existence d'un bénéfice, dont le résultat est de préserver ce même débiteur des effets rigoureux d'une condamnation ? Il y aurait là évidemment une contradiction entre la Loi 25, § 7, de Venuleius (Dig., *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8) et le rescrit mis en avant. Enfin, l'induction de Cujas tombe en présence des textes qui tous, en dehors de l'espèce prévue par la décision des empereurs, appliquent le bénéfice de compétence dans des hypothèses, où la Vente en masse a été précédée d'une Cession de biens ¹.

Quoi qu'il en soit, l'action des créanciers pourra certainement aboutir à un second envoi en possession et à une nouvelle adjudication, et ainsi de suite jusqu'à leur entier désintéressement.

¹ Sic Tambour, *op. cit.*, pp. 231 et 232.

TROISIÈME PARTIE

DISPARITION DE LA « BONORUM VENDITIO »

« *Bonorum emptio, quæ..... per multas
ambages fuerat introducta* ¹. »

JUSTINIEN.

Plusieurs fois déjà, dans le cours de ce travail, nous avons insinué la substitution de la Vente en détail à la Vente en masse. Il nous reste à étudier brièvement la *Bonorum Distractio* au triple point de vue de son *origine*, de sa *procédure* et de ses *effets*; nous examinerons par là-même les causes qui amenèrent la disparition de la *Venditio*, et les différents traits qui relient le nouveau procédé à l'ancien.

¹ Just., *Inst.*, liv. III, tit. 12, *præm.*

CHAPITRE PREMIER

Origine de la *Bonorum Distractio*

La transformation se produisit lors de la suppression du système formulaire, par conséquent vers le règne de Dioclétien ¹.

Faut-il voir dans ce double changement une relation de cause à effet, ou plutôt une simple coïncidence chronologique ? On ne sait. Justinien constate seulement le fait, lorsqu'il nous enseigne que la *Venditio* et les instances ordinaires expirèrent ensemble : « *Sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt* ². » Théophile précise davantage, car, après avoir dit que la *Venditio* avait lieu « *cum judicia ordinaria erant, id est cum solo conventus tempore exercebantur*, » il ajoute :

¹ C'est en effet par une Constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, promulguée en l'an 1047, U. C. (294 de notre ère) pour l'empire d'Orient, et en l'an 1058 (305 de notre ère) pour l'empire d'Occident, que l'usage de la procédure extraordinaire fut prescrit aux gouverneurs des provinces ; et c'est en l'an 1095, U. C. (342 de notre ère), que l'empereur Constance abolit les formules.

² Just., *Inst., de Success. subl.*, III, 12, *præm.*

« *Hodie vero, cum judicia sint extraordinaria, et quovis tempore exerçantur, non injuria et bonorum venditiones in desuetudinem abierunt* ¹ ».

De fait, comme sous le système formulaire le *judex* était chargé de la connaissance et du jugement des affaires, le magistrat pouvait expédier à lui seul bon nombre de procès, et, pour éviter aux justiciables des déplacements onéreux, il trouvait le temps de tenir des assises dans les différentes parties du territoire soumis à sa juridiction : la *Venditio* était alors praticable. Mais quand le magistrat connut du fond même des débats, il fallut supprimer les *conventus* pour lui permettre de rester journellement à la disposition des plaideurs ; puis, simplifiant la procédure des instances, on en vint à simplifier la procédure des voies d'exécution, du moins à créer un procédé qui ne forçât pas les créanciers de se rendre, à trois reprises différentes, à la résidence du magistrat : c'est alors qu'on imagina la *Bonorum Distractio* ².

Cette explication de Théophile ne met toutefois qu'imparfaitement en lumière l'assertion de Justinien ³ ; car, si l'on considère que les *conventus* se tenaient à de certains intervalles, et qu'ils ne duraient pas tout le temps nécessaire à l'accomplissement d'une procédure de *Bonorum Venditio*, on constate l'obligation fréquente pour les créanciers de s'adresser au magistrat en dehors de

¹ Théophile, *Paraphr.*, *cod.*

² Cf. Accarias, t. II, n° 485, p. 479.

³ Vinnius déclare en toute franchise ne rien comprendre à cette interprétation : « *Quod judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video.* »

l'époque de ses tournées : en conséquence, l'existence des *conventus* n'apparaît plus comme une condition tellement indispensable au fonctionnement de la Vente en masse, que celle-ci n'ait pu survivre à leur disparition.

La raison d'être de la *Bonorum Distractio* git tout entière dans les vices, qui déparaient l'ancienne procédure d'exécution. Sans doute, la Vente en masse constituait un progrès véritable sur l'*Addictio* : elle épargnait au débiteur l'esclavage, sinon la mort, et par une liquidation très facile elle prévenait tout conflit entre ses créanciers ; mais dans la pratique, elle présentait de nombreux inconvénients pour tous les intéressés. L'*emptor*, contraint d'acheter une masse de biens, et exposé à des pertes sérieuses en raison d'hypothèques dont rien ne révélait l'existence, ne pouvait guère se comporter qu'à la façon d'un spéculateur. Du reste, peu d'acheteurs devaient ambitionner l'acquisition d'un patrimoine entier, et les rares qui se présentaient ne pouvaient s'engager que pour un prix très inférieur à la valeur réelle des biens. Les *créanciers* gagnaient à cette dépréciation de leur gage un paiement simplement partiel, et encore au prix de nombreuses démarches entraînant le sacrifice de très gros frais. Quant au *débiteur*, c'était assez d'une dette minime, pour le conduire parfois à la ruine en dépit de sa solvabilité, et surtout pour imprimer à son nom une marque de déshonneur. L'infamie attachait une idée de peine à la *Venditio* : c'était à tort, car le débiteur malheureux n'est pas nécessairement un criminel, et une législation parfaite doit observer la nuance qui existe entre l'idée de voie d'exécution et

celle de châtement, entre la simple fatalité et la négligence ou la fraude¹. En somme, la plupart de ces rigueurs provenaient du caractère universel de l'adjudication, qui semblait priver le débiteur de toute existence légale par l'ouverture anticipée de sa succession².

Le nouveau mode d'exécution sur les biens rompt l'unité qui apparaissait dans la vente autrefois : ce n'est plus à la personnalité du débiteur que l'on s'attaque, on ne vend plus l'ensemble de son patrimoine, on vend ses biens pièce à pièce, séparément (*distrahere*)³. Comme on vend en détail plus aisément et plus cher qu'en gros, la *Distractio* attire de nombreux amateurs qui, à l'envi les uns des autres, acquièrent volontiers les biens moyennant un prix plus élevé. De leur côté, les créanciers, obligés à moins de démarches, partant à moins de frais, espèrent plus sérieusement que jadis rentrer dans leurs fonds. Le débiteur trouve enfin le suprême avantage d'éviter l'infamie.

L'infamie, voilà bien la conséquence qui fit tomber

¹ Sénèque, *de Benef.*, VII, 16 : « *Imprudentes fuisse, ut non intelligerent iniquissimum esse eodem loco haberi eum qui pecuniam, quam a creditore acceperat, libidine aut alea absumpsit, et eum qui incendio aut latrocinio aut aliquo casu tristiore aliena cum suis perdidit.* »

² Cf. Accarias, t. II, n° 485, p. 178 et 179; Demangeat, t. II, p. 159; Bonjean, t. II, p. 561; Vainberg, p. 294.

³ Est-ce à dire que les termes de « *venditio* » et de « *distractio* » désignent invariablement dans les textes, le premier la vente en masse, et le second la vente en détail? Non, surtout si on considère le sens très général des mots : « *vendere, venditio.* » Mais on peut dire que cette terminologie, sans être constante, est du moins employée dans le langage ordinaire pour distinguer l'une de l'autre ces deux institutions. (Cf. Tambour, p. 209.)

en désuétude la *Venditio* : en effet, aux termes d'un sénatus-consulte dont la date précise nous est inconnue, les biens des personnes illustres (*claræ personæ*), par exemple ceux des sénateurs ou de leur femme, n'étaient pas adjugés par la procédure infamante de la Vente en masse ; mais, afin de préserver l'honneur des expropriés, ils étaient vendus en détail par l'entremise d'un curateur, jusqu'à complète extinction des dettes dont ils étaient grevés¹.

La *Distractio* ne fut donc pas le produit spontané de l'invention. Elle exista tout d'abord à titre d'exception sous la période formulaire² ; puis, peu à peu elle prit de l'extension, comme le témoigne un sénatus-consulte, d'après lequel les créanciers reçurent la faculté d'opter dès le début des poursuites entre la vente en bloc et la vente en détail, sans jamais pouvoir revenir sur leur choix³ ; enfin, elle devint le droit commun sous Dioclétien, et, plus de deux siècles après l'introduc-

¹ Gaius, L. 5, Dig., de *Curat. fur.*, XXVII, 10 : « *Ut honestius ex bonis ejus, quantum potest, creditoribus solveretur.* »

² Ainsi, de même que, sous l'empire des *judicia ordinaria*, le magistrat statuait quelquefois *extra ordinem*, de même, à l'époque de la *venditio*, la vente en détail se trouvait autorisée dans des cas exceptionnels.

³ Ce Sénatus-consulte nous est rapporté par Neratius, lequel vivait sous Trajan (L. 9, Dig., *eod. tit.*). Évidemment il ne s'agit plus ici des *claræ personæ* : car, s'il avait dépendu de la volonté des créanciers que la vente fût ou non infamante, la dignité des débiteurs illustres n'aurait pas reçu de protection efficace, et le but eût été manqué ; le Sénatus-consulte faisait donc allusion à d'autres personnes, peut-être aux incapables (Cf. Tambour, p. 238, et Vainberg, p. 291).

tion de la procédure extraordinaire, ce fut encore le système en vigueur dans le droit de Justinien : « *Et tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere, et, prout eis utile visum fuerit, ea disponere*¹. »

¹ Just., *Inst.*, *loc. cit.*

CHAPITRE II

Procédure de la *Bonorum Distractio*

La *Bonorum distractio* comporte, à l'image de la *Venditio*, deux phases bien distinctes : la *missio in possessionem*, comme préliminaire d'exécution, et la vente proprement dite ¹.

Nous donnerons à nos explications l'enchaînement suivant :

- 1° Des Cas d'envoi ;
- 2° De la Demande d'envoi ;
- 3° De l'Ordonnance d'envoi ;
- 4° De l'Objet de l'envoi ;
- 5° Du Délai de la vente ;
- 6° Et de la Vente en détail.

§ 1^{er}. — Des Cas d'envoi en possession.

La *Missio in possessionem* continue de se produire chaque fois qu'il y a *indefensio*, jugement ou aveu du débiteur : nous ne reviendrons sur ces cas, que pour en

¹ Just., *Inst.*, *loc. cit.*

compléter l'étude par certaines observations relatives aux défauts faute de comparaître et faute de défendre, — aux causes qui entraînent la *minima capitis deminutio*, — aux délais destinés parfois à retarder la procédure exécutive, — et enfin à quelques innovations en matière de Cession de biens.

A. — *Du Défaut faute de comparaître et du Défaut faute de défendre.*

Il y a défaut faute de comparaître, quand le défendeur se cache pour empêcher la citation de lui être signifiée¹, ou bien lorsque, après avoir été cité, il manque à sa promesse de « *in judicio sisti* »². Le défaut faute de défendre se produit au cas où le défendeur, après s'être présenté une première fois, se refuse à continuer l'instance³. Dans l'un et dans l'autre défaut, on peut désormais recourir à la *procédure de contumace*, qui ne recevait application dans la période précédente qu'après la *litis contestatio*⁴.

En conséquence, à la requête de la partie demanderesse, le juge ordonne successivement trois édits, renou-

¹ C. 1, de Caracalla, C., *Quor. appell.*, VII, 63, et C. 9, de Diocl. et Maxim., C., *de Bon. auth. jud.*, VII, 72.

² Nov. LIII, ch. iv, § 1, et Nov. LXIX, ch. III, *præm.*

³ C. 13, § 3, de Justinien, C., *de Judic.*, III, 1. Le demandeur se trouve alors exposé à la péremption de trois ans, à laquelle toutes les instances demeurent soumises sous Justinien (C. 3, C., *de Præscr. trig.*, VII, 39).

⁴ C. 13, § 3, C., *de Judic.*, III, 1, et Nov. LXIX, ch. II et III (Cf. *Supra*, p. 93).

velés à des intervalles de dix jours au moins, et par lesquels il enjoint au défendeur de comparaître et de présenter sa défense ¹. Si le défendeur ne comparait pas, une citation notifiée au défaillant suffit désormais, pour que celui-ci se trouve réputé contumax, et que la partie poursuivante soit admise à faire juger sa demande, comme si l'adversaire était là pour se défendre ². Mais, à la différence de la procédure d'exécution que nous avons étudiée sous l'*ordo judiciorum* ³, l'*indefensus*, qui se cache ou qui refuse de répondre, n'est pas par cela même considéré comme *damnatus* : au contraire, le demandeur est tenu de prouver sa demande, et l'absent n'encourt condamnation qu'autant que la prétention soulevée se trouve justifiée ⁴. La sentence « *in eremodicio dicta* » produit un plein effet contre le contumax, à qui, sur le fond

¹ La dernière ordonnance, celle qui contenait la menace (*etiam absente diversa parte, cogniturum se et pronuntiaturum*), était appelée « *peremptorium*, » parce que « *perimit disceptationem, et ultra non patitur adversarium tergiversari* ». Parfois un seul édit (*unum pro omnibus*) était rendu. Ulpien, LL. 68-72, Dig., de *Judic.*, V, 4; Paul, *Sent.*, V, 5 (A), § 7. Un instant, vers l'époque de Dioclétien, trois *denuntiationes* (ou *litteræ*) remplacèrent les trois édits, dont elles ne différaient que par le manque de publicité (C. 7 et 9, C., *Quomodo et quando*, VII, 43). Cf. Zimmern, § CLI, trad. d'Étienne, p. 445.

² Ulpien., L. 73, *præm.*; Dig., de *Judic.*, V, 1; Nov. CXII, ch. III, *pr.*

³ *Lex Gallix Cisalpinæ*, ch. XXI et XXII (Blondeau, *op. cit.*, t. II, pp. 78 et 79). Cf. Loi des XII Tables : « *Post meridiem præsentilitem addicat* »; Cic., in *Verr.*, II, 2, 17 : « *Secundum præsentem judicare... absentem Heraclium... condemnant.* »

⁴ C. 13, § 3, C., de *Judic.*, III, 1; C. 4, C., *Quomodo et quando*, VII, 43.

de l'affaire, les voies ordinaires de recours demeurent fermées¹.

De la possibilité de la procédure de contumace avant la *litis contestatio* résulte-t-il, que la *missio in possessionem* ne soit plus ordonnée qu'après la condamnation du défendeur? Nous ne le croyons pas². Nous pensons au contraire, que la possibilité d'un jugement par défaut n'enlève pas toute application à l'envoi en possession des biens du débiteur *indefensus*; car, si Justinien autorise une condamnation par défaut, c'est à la condition que le défendeur, averti des poursuites exercées contre lui, « *per contumaciam deerit* », c'est-à-dire qu'il se soit caché, ou du moins qu'il ne se soit pas mis en mesure d'y répondre : dès lors, si l'absence du débiteur est exempte de *contumacia*, l'envoi demeure encore la seule ressource offerte au créancier. Bien plus, même au cas où une condamnation aurait pu être obtenue, la *missio in possessionem* doit, selon nous, rester au moins facultative pour le créancier. C'est effectivement un droit d'option analogue que nous rencontrons au cas d'action réelle, puisque si le défendeur ne comparait pas sur le troisième avertissement, le demandeur *in rem* peut : ou bien continuer l'instance, et obtenir ainsi la possession *définitive* de l'objet en litige en fournissant la preuve *complète* de son droit, ou bien se borner à faire une preuve *sommaire* de

¹ Paul, *Sent.*, V, 5 (A), § 7; Ulpian, L. 73, § 3, Dig., de *Jud.*, V, 4; C. 13, § 4, C., de *Jud.*, III, 4; C. 3 et 11, C., *Quom. et quando*, VII, 43; C. 1, C., *Quor. appell.*, VII, 65. Mais la *restitutio in integrum* était ici plus facile, qu'à l'égard des *sententia inter præsentes dictæ*. (C. 4 et 10, C., *Quom. et quando*, VII, 43.)

² Tambour, pp. 146 et 147. Contra Accarias, t. II, § 788, p. 934, et Bonjean, des *Actions*, t. 1, § 249, p. 542, et t. II, § 407, p. 566.

son droit, et, *sans se rendre porteur d'un jugement*, obtenir l'autorisation d'entrer *provisoirement* en possession de la chose litigieuse ¹. Il est très vrai que, sous les empereurs chrétiens, les deux instances *in jure* et *in judicio* se confondent; mais, au lieu d'opter entre la *missio* et la procédure de contumace qui constituaient anciennement les deux systèmes destinés à assurer la comparution des défendeurs, ou bien encore au lieu de les combiner ensemble pour en former un système unique, Justinien reproduit dans sa compilation les règles de l'un et de l'autre procédé, sans même en retrancher les points contradictoires: c'est donc que l'innovation de l'empereur, relative à l'application de la procédure de contumace, a moins pour effet de supprimer la *missio in possessionem* du patrimoine de l'*indefensus*, que d'introduire à côté d'elle un moyen nouveau de répression contre la négligence ou l'opposition systématique des défendeurs.

B. — *De la « minima capitis Deminutio. »*

Au Bas-Empire, la *manus* et le *mancipium* ont disparu, seule l'adrogation subsiste: encore l'adrogeant n'acquiert-il plus qu'un droit d'usufruit sur les biens apportés par l'adrogé ².

¹ C. 8, de Diocl. et Maxim., C., *Quom. et quando*, VII, 43; C. 2, de Constantin, C., *Ubi in rem act.*, III, 19; C. 8, § 8, C., *de Delat.*, X, 44. Cf. Bonjean, t. I, § 249, p. 543.

² Just., *Inst.*, III, X, *de Adquis. per adrog.*, § 2. Ces biens figurent dans le pécule adventice qui comprend tout ce qui advient au fils de famille « *aliunde quam ex re patris.* » Just., *Inst.*, II, IX, *Per quas pers. nob. adquir.*, § 1.

C'est donc uniquement en ce qui touche l'adrogation, que Justinien reproduit le *Commentaire* de Gaius¹. Nous retrouvons le même mode de procéder, à cette différence près qu'il n'est plus question de *restitutio in integrum* : l'action n'est plus donnée contre l'adrogé, elle est accordée directement contre l'adrogeant, qui figure comme attaqué au nom de son fils : « *nomine filii convenietur*. » Le résultat de l'action est encore identique : si l'adrogeant ne se porte pas *defensor*, il donne lieu à l'envoi des créanciers en possession du patrimoine de l'adrogé.

C. — *Des Délais pendant lesquels doit être différée l'exécution.*

La procédure exécutive se trouve momentanément entravée, soit après la mort du débiteur, soit après sa condamnation ou son aveu.

Ainsi, durant les délais fixés pour faire inventaire, le droit d'exécution des créanciers héréditaires est suspendu²; et de même, dans les neuf jours qui suivent la mort d'une personne, il est interdit, par simple bienséance, de requérir l'envoi, serait-on certain du manque absolu d'héritier³.

Par ailleurs, nous savons que, durant la période classique, les *dies justi* accordés aux *condemnati* et aux

¹ Just., *Inst.*, III, X, § 3, et Gaius, III, 84. (V° *Supra*, pp. 410-412.)

² C. 22, § 11, de Justinien, C., *de Jur. delib.*, VI, 30.

³ Nov. CXV, ch. v, § 1.

confessi étaient de trente jours, comme au temps des XII Tables¹. En est-il encore de même au Bas-Empire ?

Godefroy conclut à la création d'un délai de deux mois, sur la foi d'une Constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, ainsi libellée au Code Théodosien : « *Qui post judicii finem, exceptis duobus mensibus, quibus per legis solutionem nonnunquam est concessa dilatio, moram afferent solutioni.....* »² Ce serait Constantin qui aurait doublé le temps du répit primitif, comme il a circonscrit dans un délai de deux mois la durée de la *restitutio in integrum* ; on devrait lire alors : « *per leges solutionum* », et, quant au mot : « *nonnunquam* », il viserait le droit qu'ont les prêteurs d'abrégier le délai sur la demande des créanciers³.

Zimmern⁴ et Ortolan⁵ pensent, au contraire, que la constitution des empereurs a simplement trait à la limite extrême, que peut atteindre « *nonnunquam* », la prorogation de terme du prêteur. Zimmern ne rejette pas la leçon : « *per legis solutionem* », comme pouvant signifier « la libération, accordée *par le prêteur*, du terme rigoureux fixé par la Loi des XII Tables⁶. »

L'opinion de Godefroy ne repose que sur des conjec-

¹ *Supra*, pp. 116 et 117.

² C. Théod., de *Usur. rei judic.*, IV, 19 : « Ceux qui, à partir du jour de la sentence et après le délai de deux mois accordé dans certains cas par la grâce de la loi, différeraient de payer... »

³ Ulpien, L. 2, Dig., de *Re judic.*, XLII, 1.

⁴ Zimmern, *op. cit.*, § LXXVII; trad. d'Étienne, p. 237.

⁵ Ortolan, *op. cit.*, III, p. 580.

⁶ Zimmern, *op. cit.*, § LXXVII; trad. d'Étienne, p. 237, note 22. Zimmern place ainsi dans l'Édit prétorien l'origine du délai de deux mois.

tures ; et cependant, d'une Constitution de Justinien¹ il semble résulter, que le délai de deux mois, établi à *une certaine époque*² en vertu d'un changement législatif³, est un délai général⁴, comme le délai de quatre mois qui lui fut plus tard substitué⁵.

Quoi qu'il en soit, les fidéjusseurs et les *mandatores pecuniæ credendæ* ne jouissaient pas, après leur condamnation, d'un terme légal : ils avaient seulement la possibilité de recourir immédiatement contre le débiteur principal, qui, ne pouvant leur opposer aucun délai, se trouvait en réalité frustré du répit dont il aurait bénéficié, s'il avait été actionné directement par le créancier⁶. Justinien corrige cette anomalie par la création d'un délai de quatre mois, calculé du jour de la sentence ou, en cas d'appel, à partir du jugement confirmatif, et applicable d'une manière uniforme à tous les débiteurs *condemnati vel confessi*⁷ : jusqu'à l'expiration

¹ C. 3, § 1, C., de *Usur. rei judic.*, VII, 54.

² Nous traduisons ainsi l'expression de : « *Nonnunquam.* »

³ « ... *Relictis PROPTER LEGEM condemnatis personis...* » C. 3, § 1, C., de *Usur. rei judic.*, VII, 54.

⁴ Les mots : « *Reis condemnatis* » (C. 3, § 1, C., *eod. tit.*) sont pleins de généralité.

⁵ C. 2 et C. 3, § 1, C., *eod. tit.*

⁶ C. 3, § 1, *in fine*, C., *eod. tit.* Cf. Tambour, pp. 84 et 85.

⁷ CC. 2 et 3, § 1, C., *eod. tit.* Transmissible aux héritiers et aux successeurs à titre universel des débiteurs (L. 29, Dig., de *Re judic.*, XLII, 1), ce délai n'empêche ni paiement (L. 7, *eod. tit.*), ni compensation pendant sa durée (L. 16, § 1, Dig., de *Compens.*, XVI, 2); mais il suspend le cours des intérêts (CC. 2 et 3 *præm.*, C., de *Usur. rei judic.*, VII, 54) contre toute justice, car c'est encourager le débiteur à différer le plus possible de payer, pour percevoir lui-même l'intérêt des sommes dont il dispose : cependant il

des quatre mois toutes les voies d'exécution sont donc suspendues¹. Toutefois, comme les droits réels ne sont plus sanctionnés nécessairement par des condamnations pécuniaires, le délai légal ne s'applique, sous le régime extraordinaire, ni aux actions *in rem*, ni aux *condictiones* tendant à obtenir la translation de propriété d'un corps certain : il est si facile au possesseur de livrer la chose par lui détenue, qu'il y a naturellement lieu pour le juge de fixer un délai plus restreint².

La législation justinienne pose un nouveau délai : est-ce à dire que le créancier soit nécessairement contraint d'agir au bout de quatre mois, pour ne pas vicier son droit d'exécution ? Nullement, pas plus qu'à l'issue du délai de trente jours, sous le régime formulaire, il n'était tenu de requérir les mesures préliminaires de la *Venditio*³ ; cependant, on ne saurait repousser en notre matière, à partir de Théodose le Jeune, l'application de la prescription de trente ans⁴.

D. — *De la Cession de biens.*

Pour pratiquer la *Bonorum Cessio*, le débiteur doit, comme jadis, posséder réellement des biens⁵. Justinien

y a lieu de décider que le débiteur, non libéré à la fin du délai légal, doit les intérêts à compter du jour de la sentence (Tambour, p. 86, note 1).

¹ Gaius, L. 7, Dig., de *Re judic.*, XLII, 1.

² Tambour, pp. 87-89.

³ *Supra*, p. 117, note 2.

⁴ Loi unique, C. Théod., de *Act. cert. temp. fin.*, IV, 14.

⁵ *Supra*, p. 119.

admet par exception à ce bénéfice non seulement les fils de famille qui ont un pécule (*profectitium*, *castrense* ou même *adventitium*), mais encore ceux d'entre eux qui ne possèdent aucun avoir *actuellement* : il veut leur épargner ainsi la contrainte corporelle au prix de la vente du patrimoine qu'ils se constitueront dans la suite. Une pareille faveur est tout à fait équitable ; car les fils occupent une situation très dépendante vis-à-vis du père de famille, qui profite de la plupart de leurs acquisitions, et souvent de telle sorte que l'action *de in rem verso* est rendue impossible¹. Voilà pour les conditions de fond de la *Bonorum Cessio*.

Les conditions de forme² reçoivent, elles aussi, certaines modifications : en effet Théodose supprime les rites symboliques³, et Justinien ne maintient même pas la nécessité d'une déclaration en justice⁴.

Il se peut que le débiteur offre de céder tous ses biens, mais que les créanciers se proposent plutôt de lui accorder des délais en vertu d'un pacte *de non petendo* limité à un certain temps. En principe, l'attribution, consenti par un certain nombre de créanciers, n'engage que ceux qui y ont adhéré⁵ ; mais dans notre espèce, lorsque la majorité des créanciers chirogra-

¹ C. 7, C., *Qui bon. ced.*, VII, 71. Cf. Tambour, p. 129.

² *Supra*, p. 121.

³ En l'an 386 de notre ère. (C. 6, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71.)

⁴ Marcien, L. 9, Dig., *de Cess. bon.*, XLII, 3. Ce texte, attribué à Marcien, est interpolé : les anciennes formalités existaient encore à l'époque du jurisconsulte ; sans quoi, on ne comprend plus comment Théodose a pu vouloir supprimer « les minuties des Lois antérieures. » (C. 6, C., *Qui bon. ced.*, VII, 71).

⁵ *Supra*, pp. 122 et 123.

phaires et hypothécaires préfère à l'abandon de fortune offert par l'insolvable, la concession d'un sursis ne dépassant pas cinq années, la suspension de paiement oblige même les créanciers opposants. Le calcul de la majorité requise s'effectue d'après la quotité des sommes dues, et non d'après le nombre des voix, afin d'éviter qu'un créancier considérable n'éprouve des pertes par la volonté de créanciers dissidents moins intéressés. En cas de désaccord, la somme des créances l'emporte de droit sur le nombre des créanciers ; à sommes égales, la préférence appartient au nombre, et, à égalité de sommes et de nombre, le délai de cinq ans est adopté comme mesure la plus humaine. Le vote des créanciers hypothécaires ne leur fait pas encourir de déchéance, et de même le délai de cinq ans ne cause aucun préjudice aux créanciers privilégiés. Ainsi se trouve réglementée par Justinien la seule espèce, qui nous offre l'exemple d'une prolongation de terme forcée¹.

§ 2. — De la Demande d'envoi.

Le débiteur qui, par crainte de la *Bonorum Distractio*, a réclamé, mais en vain, un atermolement de la part de ses créanciers, peut, à l'époque que nous étudions, solliciter de l'empereur des *lettres moratoires*².

¹ C. 8, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71.

² Les délais de paiement, octroyés par l'empereur (*induciae*), correspondent à nos anciennes lettres d'État, dont l'article 1244, C. civ., n'est qu'un bien faible écho.

Cette faveur, contraire au droit commun, est subordonnée à une triple condition :

1° Il faut qu'il ne s'agisse pas d'ajourner des obligations nées d'un quasi-délit, ou ne souffrant aucun retard, tels que l'impôt, les intérêts, etc.¹ ;

2° L'insolvable, de bonne ou de mauvaise foi², doit adresser à l'empereur une supplique établissant, d'après un exposé sincère des faits, l'utilité des délais demandés ;

3° Enfin l'insolvable est en devoir de garantir à ses créanciers, par une caution solvable ou par un nantissement de ses biens présents, de remplir, à la fin du sursis, toutes ses obligations³.

L'empereur examine alors l'affaire dans son conseil privé (*consistorium principii*), ou plus ordinairement il en renvoie l'étude à un juge délégué ; puis, après cette *causæ cognitio*, il peut ordonner, même contre le gré des créanciers, la rédaction d'un rescrit suspensif de toutes poursuites pendant un, trois, cinq ans au plus, et la communication de ce rescrit au débiteur par les soins du chancelier impérial (*questor sacri palatii*⁴). En

¹ Vainberg, *op. cit.*, p. 148.

² Vainberg, *op. cit.*, pp. 145 et 146.

³ C. 4, des empereurs Gratiën, Valentinien et Théodose, C., de *Prec. imp. offer.*, I, 19.

⁴ C. 1, C. Théod., II, 7 ; Cf. Vainberg, *op. cit.*, pp. 144, 147 et 148. Avec Godefroy, nous entendrons une Constitution de Constantin (C. 3, C. Théod., de *Rescriptis*), ainsi conçue : « *Quoties rescripto nostro præjudicium vel moratoria præscriptio remittitur, aditus supplicandi pundatur. Quod autem totius negotii cognitionem tollit... convelli non potest. Nec præscriptionis igitur peremptoriæ relaxatio petatur, nec contra edictum supplicetur* », en ce sens

réalité, les lettres moratoires sont un « *beneficium commune*¹ », un bénéfice dont profitent à la fois les débiteurs pour écarter l'envoi, et les créanciers afin d'obtenir en des temps plus favorables un paiement plus avantageux; mais elles ne sauraient avoir pour effet d'améliorer la situation des uns au détriment de celle des autres : aussi, durant le temps suspensif, les débiteurs ne sont-ils pas dispensés de payer les intérêts².

En l'absence d'atermoiement, rien n'empêche les créanciers de recourir à la *missio in possessionem*.

L'envoi doit être demandé³, et il peut l'être sur l'initiative d'un seul des créanciers. En pareille hypothèse, les moins vigilants, qui désiraient se lier aux poursuites, n'étaient point jadis obligés de former une nouvelle demande⁴ : le bénéfice de l'envoi est encore actuellement général; seulement Justinien croit devoir restreindre un droit, qui faisait peut-être profiter les retardataires les plus négligents de la célérité de leurs cocréanciers. Désormais ceux qui entendent partager avec les premiers *missi* les avantages de l'envoi en possession, devront faire connaître à ces derniers leurs créances, dans le délai de deux ans s'ils demeurent « *in*

qu'on peut demander la rétractation d'un rescrit accordant un délai, mais non d'un rescrit fixant le fond du droit. Justinien, reproduisant au Code cette Constitution (C. 2, de *Precibus imper.*, I, 49), corrige en effet l'expression de « *remittitur* » par celle-ci : « *permittitur* » (Tambour, pp. 92 et 93).

¹ Puchta, *Ueber den Concurs-Process*, Erlangen, 1827, p. 229.

² Vainberg, *op. cit.*, p. 147.

³ Just., *Inst.*, loc. cit. : « ... *Creditoribus datur officio judicis bona possidere.* »

⁴ *Supra*, pp. 133-134.

una eademque provincia in qua et possessores rerum commorantur », ou dans le délai de quatre ans s'ils habitent une province autre que celle des envoyés en possession ; en outre, ils rembourseront leur quote-part des frais avancés¹. Quant aux créanciers qui se présenteraient après l'expiration du délai de deux ou de quatre ans, ils perdraient, en plus de la copossession des biens, tout recours contre les *missi* ou leurs représentants, mais ils conserveraient le droit d'agir contre leur débiteur.

Que la demande d'envoi émane de tous, de plusieurs ou d'un seul, peu importe : dans tous les cas, elle est soumise à une règle générale en vertu de laquelle aucun acte d'exécution ne peut intervenir un jour férié, ou tout au moins les jours de fêtes religieuses², auxquels il faut assimiler les jours de la fondation de Rome et de Constantinople, les anniversaires de la naissance de l'empereur et de son avènement au trône³.

¹ C. 10, *præm.*, C., *de Bon. auth. jud.*, VII, 72. Sic Accarias, t. II, § 788, p. 934, et Vainberg, *op. cit.*, p. 292 ; Contra Tambour, p. 162, note 2, lequel pense que le délai varie en raison de la présence ou de l'absence déterminée par le domicile du débiteur avant l'envoi en possession.

² C. 2, 7, 8 et 11, C., *de Feriis*, III, 12.

³ C. 7, C., *eod. tit.* Peut-être encore ne pouvait-on pas pratiquer des actes d'exécution contre les personnes qui se rendaient de leurs localités aux jours de marché appelés « *nundinæ* » (C. de Valens et Valentinien, C., *de Nundinis*, IV, 60) ; mais, en vertu d'un Sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle, l'interdiction était levée à l'endroit des autres jours fériés (L. 2, Dig., *de Feriis*, II, 12).

§ 3. — De l'Ordonnance d'envoi.

Ici la question ne se pose plus de savoir si l'exécution donne lieu à nomination d'un *judex* chargé d'y procéder, car le magistrat, réunissant en lui toutes les attributions séparées au temps du système formulaire, exécute lui-même ses décisions : l'envoi continue donc d'être accordé par le magistrat¹.

Quel était *ratione materiæ* le magistrat compétent sous les empereurs chrétiens ?

Constantin avait créé quatre préfectures², contenant chacune un certain nombre de provinces. En conséquence la juridiction supérieure appartenait à quatre *Préfets du prétoire* qui, secondés par des *Vicarii*, se partageaient l'administration de l'Empire³, et au-dessous de ces personnages, à la tête de chaque province, se trouvait un magistrat appelé *proconsul*, *rector* ou *præses*, qui était par excellence le *judex ordinarius*⁴ : tous ces magistrats détenaient le pouvoir d'envoyer en possession⁵. Parmi les autorités locales, les préteurs ne disposaient plus de la juridiction contentieuse : le Préfet

¹ Vainberg, p. 292.

² Les préfectures d'Orient, d'Illyrie, d'Italie et des Gaules.

³ Serrigny, *Droit Public*, t. I, nos 59-76.

⁴ Serrigny, *op. cit.*, t. I, n° 27.

⁵ A la différence des évêques qui, bien qu'investis d'une certaine juridiction, étaient contraints de demander l'exécution de leurs sentences aux magistrats ordinaires (C. 8, d'Arcadius et d'Honorius, C., *de Episcop. aud.*, I, 4). Cf. Bethmann Hollweg, *Der römische Civilprozess*, t. III, § 139.

de la ville remplissait à Rome, comme à Constantinople, l'office de magistrat principal¹, et, pour les autres cités, il y avait le *rector provinciæ*. Quant aux magistrats municipaux, leur pouvoir tend toujours à s'effacer : à côté d'eux apparaissent bien de nouveaux magistrats locaux, les *defensores civitatum*, mais aucun texte n'accorde à ces *magistratus minores* ou *humiliores* la faculté d'ordonner la *missio in possessionem*².

Et maintenant, *ratione personæ*, le magistrat compétent pour donner l'autorisation d'entrer en possession, était celui qui avait connu ou qui aurait dû connaître de l'affaire, et, s'il n'avait pas les pouvoirs nécessaires, c'était le magistrat supérieur duquel il relevait³. Mais, à supposer que le débiteur eût un patrimoine dispersé sur plusieurs territoires à la fois, la sentence émanée d'un magistrat était-elle exécutée par ses collègues suivant une compétence résultant de la situation des biens ? Ce point n'est plus controversé en matière de *Distractio*⁴. Comme dorénavant il s'agit d'une exécution sur des objets considérés isolément, on conçoit que les actes relatifs à cette exécution soient accomplis par les magistrats, dans le ressort desquels se trouvent situés les biens. La règle est d'autant plus admissible, que les divers actes de procédure sont l'œuvre d'officiers appelés *officiales*, *viatores* ou *executores*, et qui ne sauraient

¹ Serrigny, *op. cit.*, t. I, n^{os} 291-299.

² Les *defensores civitatum* avaient la *multæ dictio* (C. 5, C., de *Defens. civit.*, I, 55), et probablement aussi ils pouvaient ordonner la *pignoris capio*.

³ C. 13, § 3, de Justinien, C., de *Judic.*, III, 1.

⁴ Cf. *Supra*, pp. 157-160.

sans inconvénients exercer leur ministère sur un territoire étranger à leurs fonctions. Il est même écrit dans les textes, aux termes d'un rescrit d'Antonin le Pieux, que les présidents des provinces peuvent exécuter une sentence rendue à Rome ¹. Le doute n'est donc plus possible : de la situation des biens du débiteur dépendaient les règles de compétence relatives à la mise en possession des créanciers, et chacun des magistrats compétents rendait une ordonnance particulière ; cependant à notre époque, comme au temps du régime formulaire ², nous admettrons la nécessité d'une sorte de commission rogatoire, adressée aux magistrats des différents ressorts, et non susceptible d'être repoussée par eux ³.

La manière, dont procédait le magistrat pour délivrer l'autorisation requise, revêtait, sous Justinien, l'invariable forme d'une *causæ cognitio* : le bien-fondé du droit du demandeur, comme le fait donnant matière à l'envoi, devait donc être soumis sans exception à un minutieux examen ⁴.

Quant aux effets de l'autorisation, ils ne différaient pas de ceux que nous avons autrefois constatés : l'ordonnance dessaisissait le débiteur de l'administration et de la jouissance des biens qu'elle frappait d'envoi en possession ⁵ ; il en résultait au profit des créanciers un droit

¹ Ulpien, L. 45, § 1, Dig., de *Re judic.*, XLII, 1.

² *Supra*, pp. 160-161.

³ Ulpien, L. 45, § 1, Dig., *eod. tit.* : « Si hoc jussi fuerint... » Sic Tambour, pp. 71-72.

⁴ C. 2, de Constantin, C., *Ubi in rem act.*, III, 49 ; C. 43, § 3, de Justinien, C., de *Judic.*, III, 1 ; Nov. LIII, ch. iv, § 1 ; Nov. LXIX, ch. II et III. Cf. *Supra*, pp. 153-157.

⁵ *Supra*, pp. 179-180.

de détention¹, qui était toujours accompagné d'un droit d'administration rendant possible la nomination de curateurs², et aussi d'un droit de gage ordinairement restreint.

§ 4. — De l'Objet de l'envoi.

La *missio*, qui, dans la pureté primitive du droit prétorien, comprenait toujours l'universalité des biens du débiteur, quels que fussent le nombre des créanciers et l'importance des créances, est maintenant limitée, du moins en général, à la partie du patrimoine indispensable à l'entier acquittement de la dette; par là se trouve consommée l'évolution lente de la législation vers les envois en possession partiels³.

Ainsi, relativement aux actions *réelles*, le principe, en vertu duquel on reconnaissait la nécessité d'un envoi général ou la possibilité d'un envoi restreint à l'objet litigieux suivant l'existence d'un jugement ou le défaut de suffisantes défenses, n'apparaît plus aujourd'hui; car le juge, délivré de l'obligation de condamner pécuniairement, peut viser dans son arrêt l'objet réclamé par le demandeur. De même, en ce qui concerne les actions *personnelles*, Justinien fait uniquement porter l'envoi sur la portion de biens déterminée par l'éten-

¹ *Supra*, p. 182, notes 1 et 2. Sic Tambour, p. 170.

² Les règles d'administration étaient encore ici les mêmes que pour l'envoi, préliminaire de la vente en masse.

³ *Supra*, pp. 169-172.

due de la dette : « ... *Et in possessionem mittat actorem rerum ejus secundum mensuram declarati debiti*¹. »

L'envoi en possession de l'universalité des biens du débiteur ne se produit plus qu'exceptionnellement, quand la condamnation par contumace du débiteur ou la multiplicité des poursuites annonce suffisamment l'état de déconfiture du débiteur. Mais au nombre des biens possédés en bloc devra-t-on continuer à comprendre le fonds dotal²? Nullement : Justinien transforme, en effet, la créance privilégiée de la femme en une créance primant même les créanciers hypothécaires du mari, et en outre, comme l'aliénation ne revêt plus un caractère universel, il accorde à la femme le droit de revendiquer ses immeubles dotaux³.

§ 5. — Du Délai de la vente.

Le délai, imposé aux créanciers, sous le système formulaire, avant de pouvoir procéder à la *Venditio*, se dédoublait en deux intervalles, l'un de trente ou de quinze jours, et l'autre de trente ou de vingt jours, selon que le patrimoine appartenait à un vivant ou à

¹ Nov. LIII, ch. iv, § 4. Adde C. 6, § 4, de Léon, C., de *His qui ad Eccl.*, I, 42. Sic Duaren (*ad Tit. Quib. ex caus. in poss.*). Contra Doneau (L. XXIII, ch. xi, note 12) et Cujas, lesquels rapportent seulement à la vente la restriction que, d'après le sens naturel des textes, nous appliquons encore à l'envoi. Cf. Tambour, pp. 166-167.

² *Supra*, p. 168.

³ C. 30, C., de *Jure dotium*, V, 42.

un mort¹. Le délai fixé en matière de *Distractio* est unique, mais il est beaucoup plus étendu ; en effet, puisque Justinien laisse aux créanciers qui n'ont pas assisté aux premières opérations la faculté, pendant deux ou quatre ans suivant les cas, de venir concourir avec les envoyés en possession², la vente semble par là même reculée à la fin de ce délai³.

C'était bien long. Mais la constitution de l'empereur n'était peut-être pas absolue : le magistrat devait sans doute, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, user du droit de restreindre ce délai d'envoi, surtout pour mettre à exécution une sentence du juge⁴. A la rigueur, on serait même tenté de donner au texte invoqué une interprétation restrictive, et d'appliquer le délai à la seule hypothèse du défendeur qui évite ses créanciers : « ... *Qui, severiores creditores formidans, sese celaverit* ⁵. » Dans tous les cas, la décision de Justinien entraînait des inconvénients moins grands à une époque, où le mode ordinaire d'exécuter les sentences consistait dans le *pignus in causa judicati captum*.

Par contre, l'excessive durée de l'envoi créée, au profit du défendeur qui a été condamné par contumace, un très long répit pour se faire relever *du défaut faute de comparaître*. Dans l'ancien droit, l'envoi en possession

¹ *Supra*, pp. 176 et 241

² C. 10, *præm.*, C., *de Bon. auth. jud.*, VII, 72. *Supra*, pp. 340-341.

³ C. 10, § 1, C., *eod. tit.* Sic Accarias, t. II, § 788, p. 935; Bonjean, *op. cit.*, t. II, pp. 566 et 567; Tambour, p. 240.

⁴ Sic Tambour, p. 240. Ce n'est toutefois qu'une supposition.

⁵ Contra Tambour, p. 162, note 1.

intervenue sur une condamnation par contumace ne pouvait, il est vrai, prendre fin, que par une satisfaction pleine et entière procurée aux créanciers¹; mais maintenant que la procédure par défaut est devenue possible avant la *litis contestatio*, la même irrévocabilité n'est plus admise : désormais, jusqu'à ce que la vente soit consommée, le contumax peut obtenir la faculté de se défendre, et de la sorte mettre un terme à l'envoi, moyennant l'offre d'une caution solvable et le remboursement de tous les frais faits par les créanciers². Le répit est cependant abrégé au cas d'action *in rem*; il se peut en effet, qu'au lieu d'établir la preuve *complète* de son droit pour entrer d'une manière *définitive* en possession de l'objet litigieux, le demandeur se soit borné à faire une preuve *sommaire* en vue d'un envoi simplement *provisoire*³ : en pareil cas, le défaillant est à même, *dans l'année*, de reprendre la possession de sa chose en fournissant caution de soutenir le procès; après l'année, il serait sans doute obligé de revendiquer en qualité de demandeur⁴.

¹ *Supra*, pp. 209 et 210.

² Nov. LIII, ch. iv, § 1. C'est Léon le Philosophe qui, dans la CVIII^e de ses *Novelles* (887-891), attachait l'irrévocabilité aux *jugements par défaut* faite de *comparaitre* rendus après la *procédure de contumace*. La règle primitive se trouvait ainsi rétablie, puisque le défaillant devait, pour faire cesser la *missio in possessionem*, payer toutes ses dettes, à moins qu'il n'eût des excuses légitimes à faire valoir, auquel cas il reprenait ses biens à la charge de se défendre.

³ *Supra*, pp. 331 et 332.

⁴ C. 8, § 3, de Justinien, C., de *Præscr. trig. ann.*, VII, 39. Sic Bonjean, *op. cit.*, t. I, § 249, pp. 543 et 544. Justinien se montra

§ 6. — De la Vente en détail.

La longue durée de la *Missio in possessionem* devait donner lieu le plus souvent à la désignation de curateurs chargés d'administrer : c'est à ces agents ou, s'il n'en a pas été désigné, c'est à des *curateurs* pouvant être choisis même en dehors de la masse des créanciers, qu'en principe est confiée l'adjudication des biens; car, en matière de *Distractio*, la double fonction d'administrer et de vendre repose sur une seule tête, et l'on ne rencontre plus l'intervention d'un *magister* pris au nombre des créanciers¹.

La nomination du curateur appartient au magistrat, d'après le consentement de la majorité des créanciers²; elle pourrait encore émaner « *privato consilio* » de la volonté unique des ayants droit, mais alors le curateur serait le mandataire de ceux-là seuls qui l'auraient choisi³. Nous ne nous attarderons pas à déterminer le

plus sévère à l'égard du contumax *faute de s'être défendu*, puisque celui-ci, une fois condamné, l'était irrévocablement, et qu'il se trouvait déchu de toute défense ultérieure, fût-il prêt à fournir caution (C. 13, § 3, de Justinien, C., de *Judic.*, III, 1).

¹ *Supra*, p. 230 et seq.

² L. 5, de Gaius, Dig., de *Cur. fur.*, XXVII, 10, combinée avec L. 2, *præm.*, d'Ulprien, Dig., de *Cur. bon. dand.*, XLII, 7, à la différence du *magister* qui était nommé par les créanciers (*Supra*, pp. 229 et 234).

³ Julien, L. 5, Dig., de *Cur. bon. dand.*, XLII, 7 (*Supra*, p. 202). Peut-être même sous Justinien les créanciers, à la condition de s'entendre, peuvent-ils se passer de l'intermédiaire d'un curateur et vendre par eux-mêmes les biens qui leur servent de gage (C. 10, § 1, C., de *Bon. auth. jud.*, VII, 72).

nombre et les pouvoirs des curateurs, l'étendue de leur responsabilité, le partage possible de leurs fonctions : toutes ces questions reçoivent des solutions identiques à celles que nous avons données par rapport aux curateurs chargés d'administrer sous l'empire de la *Venditio*¹.

La seule restriction, qui soit apportée au droit de vendre du curateur, est l'autorisation préalable du magistrat². Par où l'on voit combien se trouvent simplifiées les formalités judiciaires de la *Venditio* : désormais il suffit strictement aux créanciers de solliciter la double permission de posséder et de vendre.

Le curateur, autorisé comme de droit, liquide le gage des créanciers bien par bien, en détail, de telle sorte qu'au lieu d'un acheteur unique, il peut rencontrer autant d'acquéreurs différents qu'il y a d'objets individuellement aliénés³. Point n'est besoin de faire précéder la liquidation par la rédaction d'une *Lex bonorum vendendorum*⁴. Le curateur vend comme il veut : il choisira la plupart du temps la voie des enchères publiques, comme pouvant conduire plus sûrement au prix le plus

¹ *Supra*, pp. 202-203. En particulier, ce sont des actions utiles, qui compètent aux curateurs de l'époque extraordinaire à l'effet d'exercer au profit des créanciers les actions du débiteur (Ulpien, L. 2, § 1, Dig., de Cur. bon. dand., XLII, 7). Sic Tambour, pp. 240 et 243-244.

² Arg. : « *Sin autem..... ex sententia judicis res vendiderint.* » C. 10, § 1, de Justinien, C., de Bon. auth. jud., VII, 72.

³ En particulier, c'est par les soins du curateur que sont vendues les créances, dont on n'a pu par voie d'action retirer l'émolument, par exemple pour cause de non-échéance. (Cf. art. 570 C. de Commerce français.)

⁴ Accarias, t. II, p. 922.

élevé¹; mais il sera libre de préférer la vente amiable, car, loin d'interdire ce dernier procédé, les textes supposent la possibilité d'un mode d'aliénation autre que la vente pour transformer les biens en argent², et même ils semblent admettre, sous Justinien, le partage en nature des biens entre les divers créanciers³.

Quoi qu'il en soit, certaines précautions doivent être observées, pour que l'aliénation ait lieu à des conditions convenables. En effet, le produit de la vente est toujours déclaré devant le *defensor* de la cité, qui enregistre cette déclaration (*gestis intervenientibus insinuari*) en présence des notaires, et du trésorier de l'Église s'il y a un excédent de prix à déposer : les curateurs qui ont fait la liquidation jurent auparavant sur l'Évangile, que la vente n'a rien produit de plus, et qu'elle a été opérée aux meilleures conditions possibles⁴.

¹ Code Théodosien, L. 9, liv. XIII, tit. VI : « *Quæcumque possessiones subhastoriæ distractæ sunt.* »

² C. 40, § 1, C., de Bon. auth. jud., VII, 72 : « *Sin autem.... vendiderint, vel alio quocunque legitimo modo omne jus..... in alias personas..... transtulerint.* »

³ Just., Inst., § 1, de Hered. qualit. et diff., II, 49 : « *Ut... bona... a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur.* » Ce droit de partage dérive du *pignus prætorium* : il est l'équivalent du *jus impetrandi dominii* reconnu au créancier hypothécaire ordinaire (Accarias, t. I, p. 863, note 2); mais il ne rencontra sans doute d'application qu'à défaut d'acheteurs (Nov. IV, ch. III).

⁴ C. 40, § 1 in fine, C., de Bon. auth. jud., VII, 72. A la rigueur, ce serment peut servir d'argument pour avancer que le curateur a le droit de traiter de gré à gré.

CHAPITRE III

Effets de la *Bonorum Distractio*

Différente par son origine et dans les détails de sa procédure, la *Distractio* s'écarte encore de la *Venditio* par ses conséquences au triple point de vue du débiteur, de l'acheteur et des créanciers.

§ 1^{er}. — Effets vis-à-vis « du débiteur. »

A l'exproprié ne s'attache plus la note infamante, qui le stigmatisait au milieu de ses concitoyens¹ : néanmoins son *existimatio* est amoindrie quelque peu, car nous voyons la Cession de biens survivre à la *Venditio*, et persister à côté de la *Distractio* jusqu'à la fin de l'Empire² ; de plus, la ruine de son crédit continue d'entraîner la dissolution des sociétés dont il faisait partie³.

¹ Par conséquent, nous n'avons pas à compléter notre étude sur l'infamie (*Supra*, pp. 258-266), par l'indication des changements qu'y apporta Justinien.

² C. 8, de Justinien, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71, dans laquelle les mots : « *salva eorum videlicet existimatione* » s'appliquent aux seuls débiteurs qui ont cédé leurs biens.

³ Just., *Inst.*, § 8, de *Societate*, III, 25.

Comme la vente en détail ne provoque pas l'ouverture d'une sorte de succession, il y a, sous Justinien, moins de raison encore que par le passé de déclarer le débiteur libéré de ses anciennes obligations : ses créanciers conservent donc le droit de l'actionner jusqu'à concurrence des sommes qui restent impayées.

Et cependant, si on prend à la lettre un texte de Papirius Justus, ce débiteur, qui peut encore être poursuivi, voit s'éteindre en lui tout droit d'action pour fait antérieur à la vente : « *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt : bonis, per curatorem ex senatusconsulto distractis, nullam actionem ex ante gesto fraudatori competere*¹. » On explique cette destitution non plus par le transfert de la personnalité juridique du *defraudator* sur la tête de l'acheteur, mais par cette idée que tous ses droits ont été compris dans l'envoi en possession qui en attribue l'exercice aux curateurs. Il y a là évidemment une criante injustice, mais on la rapporte à l'influence de la *Venditio* sur la *Distractio* durant le temps de leur coexistence². Tel n'est pas notre système. Le texte précité renferme plutôt la conséquence d'un fait, qu'il ne pose une règle de droit. La perte des actions *ex ante gesto* ne peut effectivement se justifier à l'époque extraordinaire, que si tous les droits du débiteur ont été compris dans l'envoi pour être exercés par les curateurs au nom des créanciers : aussi le jurisconsulte parle-t-il

¹ L. 4, Dig., de Cur. bon. dand., XLII, 7.

² Sic Tambour, p. 245. Cette supposition semble d'ailleurs fortifiée par la date du rescrit de Marc-Aurèle et Verus, qui fut rendu bien avant que la *Distractio* devint le droit commun.

d'un débiteur insolvable, « *fraudator* », ce qui implique une déconfiture complète avec liquidation de tout le patrimoine. Mais s'il en est ainsi dans l'hypothèse la plus fréquente, c'est donc qu'au cas d'envoi partiel le débiteur, dont l'actif a pu faire face au passif, recouvre l'exercice des actions *ex ante gesto* qui n'ont pas été intentées par les curateurs ¹.

§ 2. — Effets vis-à-vis « de l'acheteur. »

La Vente en détail ne respecte pas, comme la Vente en masse, l'unité du patrimoine de l'exproprié. Nous ne sommes plus en présence d'une universalité de biens, dont le domaine bonitaire est transmis à une sorte d'héritier, investi de l'ensemble des droits du débiteur, et tenu de toutes ses obligations, au moins dans la mesure du dividende qu'il a promis. Nous rencontrons seulement une vente d'objets distincts faite à de simples acquéreurs à titre particulier : chaque acheteur doit son prix d'acquisition sous la forme d'une somme fixe, et il obtient en retour tous les droits attachés à un bien déterminé ; de la sorte, il devient propriétaire *ex jure Quiritium*, si tel était avant l'aliénation le droit existant, et il peut intenter les actions directes du débiteur, comme on jouit de la faculté de les exercer contre lui ².

¹ Sic Accarias, t. II, n° 782, p. 922, texte et note 2.

² La *deductio* de l'*Emptor*, devenue inutile à la suite du rescrit de Marc-Aurèle, ne se retrouve pas dans la législation de Justinien : seule la compensation établie par Marc-Aurèle subsiste, mais embrouillée par la Const. 14 de Justinien, au Code, de *Compensat.*, IV, 31. (Accarias, t. II, p. 1249, note 1, et p. 1254.)

Il est possible que l'acquéreur, après l'acquittement de son prix d'achat, subisse une éviction : en pareil cas, de quels recours dispose-t-il ? Les règles qui régissent ce point rappellent, croyons-nous, celles que nous avons posées pour la Vente en masse. L'acheteur évincé ne dispose d'aucune action en garantie contre les officiers chargés de vendre ; il n'a pas davantage d'action en répétition contre les créanciers saisissants qui ont simplement provoqué l'aliénation, à moins donc qu'on ne puisse leur reprocher quelque fraude ; c'est au débiteur qui a profité de la vente de rester garant de l'éviction, c'est contre lui que l'acheteur dirigera l'action en garantie qui est donnée à tout acquéreur de biens déterminés : toutefois l'action *ex empto* est admise, non pour tout le montant de l'intérêt de l'acheteur, mais seulement jusqu'à concurrence du prix et des intérêts de ce prix, déduction faite des fruits perçus, quand l'acheteur ne doit pas les restituer¹.

§ 3. — Effets vis-à-vis « des créanciers. »

Le prix provenant de la vente, joint aux sommes ou valeurs touchées par l'exercice des actions du débiteur, sert naturellement à désintéresser les créanciers.

Autrefois, c'étaient les créanciers qui poursuivaient eux-mêmes l'*emptor* en paiement de leurs créances ; sous l'empire de la *Distractio*, c'est contre le curateur qu'ils doivent agir : en effet, celui-ci devient créancier du prix

¹ *Supra*, pp. 268-270 (Accarias, t. II, n° 782, p. 923, note 3 ; Tambour, pp. 244 et 393-394).

de vente de chaque bien, il en recouvre le montant et il en opère la répartition, c'est donc à lui, et non pas à chacun des acquéreurs, que s'adresseront les intéressés.

De quelles voies de droit peuvent user les créanciers ?

Les distinctions nécessaires sur ce point ne diffèrent pas de celles que nous avons posées relativement aux curateurs chargés d'administrer sous la période formulaire¹. Ainsi, les créanciers présents lors de la nomination du curateur ont contre lui l'action *mandati* ; ceux qui n'ont pas pris part aux réunions préparatoires jouissent d'une action *negotiorum gestorum*, en admettant que le curateur ait voulu gérer leur affaire ; pour le cas contraire, il est tout d'abord certain que les créanciers absents ne sauraient agir *en principe* contre le curateur, qui n'a pu être réputé leur mandataire ni leur gérant d'affaires : mais ils peuvent user, soit d'une action *negotiorum gestorum* ou d'une action *in factum* contre les créanciers présents, suivant que ces derniers se sont comportés en gérants d'affaires ou bien qu'ils se sont crus seuls créanciers, soit d'une action *in factum contre le curateur*, étant donné que les deniers par lui touchés n'aient pas encore été tous distribués aux créanciers qui se sont fait connaître².

La question se pose maintenant de connaître dans quelle mesure sont recevables les actions des créanciers.

A la différence de la *Venditio*, où le principe d'un dividende rend inutile toute procédure de répartition,

¹ *Supra*, p. 204.

² L. 22, § 40, de Paul, Dig., *Mandat. vel contr.*, XVII, 4, combinée avec L. 5, de Julien, Dig., *de Cur. bon. dand.*, XLII, 7.

la *Distractio* nécessite l'ouverture d'un ordre entre les divers créanciers. De là des lenteurs et des complications sans nombre : que de difficultés créaient, non seulement ce chaos d'hypothèques et de créances privilégiées introduites par les empereurs, mais même le simple caractère occulte du droit d'hypothèque ! Comment en effet savoir si le créancier qui touche son prix n'est pas primé par quelque créancier privilégié ou muni d'une hypothèque antérieure à la sienne, qui viendra critiquer un jour la répartition des deniers ? Aussi nous nous bornerons à donner de cette procédure de contribution un aperçu tout de principes ¹.

Il va sans dire tout d'abord, que la vente en détail ne saurait préjudicier aux droits de certaines personnes sur les choses qui n'appartenaient pas au débiteur, ou qui ne se trouvaient qu'accidentellement entre ses mains, par exemple à titre de location, de commodat, de dépôt, de gage ou pour toute autre cause : ces objets demeurent susceptibles de revendication de la part de leurs propriétaires ².

¹ Le cadre de ce travail ne nous permet pas de dresser la liste des hypothèques légales ou privilégiées, ni de donner la nomenclature des privilèges indiqués pour la plupart au Digeste sous le titre : *de Rebus auctoritate judicis possidendis* (LL. 17-24, 26, 34, 37), et énumérés par Pothier (*Pand. Just.*, XLII, 5, nos 28 et seq.) : à plus forte raison n'essaierons-nous pas de suppléer au mutisme des textes en fixant entre ces diverses causes de préférence un classement détaillé (V^o Accarias, t. I, pp. 703-706, 709-712 ; Maynz, *op. cit.*, t. II, § 300, p. 609, note 23 ; Van Wetter, *op. cit.*, t. II, § 528, p. 251).

² C. 3, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71 ; C. 1, C., *de Privilegio fisci*, VII, 73. Celui qui a loué, prêté, déposé ou engagé sa chose ne dispose pas seulement de l'action en revendication, il peut

La *Distractio* paraît encore sans influence à l'égard des créanciers munis d'un *jus in re*, et spécialement d'un *droit d'hypothèque*. En conséquence, si l'aliénation a été faite sans le concours des créanciers hypothécaires, ceux-ci conservent pour le tout leur droit réel, en quelques mains que soient passés les biens grevés¹; ce n'est donc qu'après avoir payé les créanciers hypothécaires, que les curateurs pourront vendre les biens hypothéqués, à moins cependant que les intéressés n'aient renoncé volontairement à leurs droits. Dans le cas contraire, si parmi les créanciers vendeurs certains se trouvent entourés de garanties hypothécaires, le prix, provenant de l'aliénation des choses qui leur sont spécialement affectées, sert avant tout à les désintéresser, d'après l'ordre chronologique des constitutions de gage ou d'hypothèque : « *Prior tempore, potior jure* »². » Enfin, lorsque c'est le créancier hypothécaire

encore exiger la restitution au moyen des actions *locati*, *commodati*, *depositi*, *pignoratitia*, *ad exhibendum*, *condictio furtiva*, etc..., qui lui compètent de par son contrat, lors même qu'il ne serait pas propriétaire.

¹ Il serait pourtant rationnel d'avancer, que les hypothèques étaient forcément purgées par la vente, et qu'ainsi le danger des hypothèques occultes, que courait l'acquéreur à titre universel, ne menaçait plus l'acquéreur à titre particulier : mais aucun texte ne laisse à penser, que Justinien se soit écarté des principes antérieurement admis sur la nature du droit d'hypothèque (C. 6, C., de *Bon. auth. jud.*, VII, 72; C. 9, C., *Qui potiores*, VIII, 48, et C. 42, C., de *Distract. pign.*, VIII, 28).

² CC. 2 et 4, de Caracalla, C., *Qui pot.*, VIII, 48. Cette règle vient à cesser, dès qu'une hypothèque légale ou conventionnelle est privilégiée : alors celle-ci l'emporte en sa seule qualité sur les autres hypothèques, fussent-elles antérieures en date (Nov. XCVII, ch. III *initio*).

qui a vendu, et que la somme réalisée dépasse le montant de sa créance, il doit sans doute remettre l'excédent au trésorier de l'Église (*cimeliarcha*), pour que les autres créanciers reçoivent à leur tour leur paiement¹.

Le curateur désintéresse les créanciers *chirographaires* dans l'ordre de leurs droits, c'est-à-dire en commençant par les *priviliés*.

Les créanciers, qui sont munis d'un *privilegium exigendi*, viennent à répartition par ordre de privilèges : or le rang des privilèges se règle, sans égard à leur ancienneté, d'après la qualité des personnes, ou d'après la faveur due aux créances qu'ils garantissent (*ex causa*) ; au cas de pluralité de privilèges dans le même ordre, il y a concurrence².

Enfin, après le prélèvement des créances privilégiées, le curateur paie au marc le franc les créanciers *chirographaires ordinaires*.

Il se peut que tous les créanciers ne soient pas intégralement remboursés, et que le déficit dépende de certains actes frauduleusement accomplis par le débiteur avant ou après l'envoi en possession. En pareille hypo-

¹ Sic Vainberg, p. 295, contrairement à l'avis de Tambour (p. 245) qui, dans le silence absolu des textes, suppose aux créanciers l'obligation de verser directement le reliquat du prix entre les mains des curateurs : ce serait là, nous le verrons, émettre une différence gratuite entre la situation des créanciers chirographaires et celle des créanciers hypothécaires.

² Ulpian, L. 7, § 3, Dig., *Depos.*, XVI, 3 ; Paul, L. 32, Dig., *de Reb. auct. jud.*, XLII, 5 : « Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa ; et si ejusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint. » Adde L. 74, Dig., *de Jur. dot.*, XXIII, 3, et C. 9, C., *Qui pot.*, VIII, 18.

thèse, les créanciers ou les curateurs disposent d'un moyen d'action, que nous avons déjà rencontré comme un complément de la *Bonorum Venditio*¹ : ils peuvent, au moyen de l'action Paulienne, faire rescinder les actes qui leur préjudicient et remettre les choses dans leur premier état, à l'exception des remboursements effectués ainsi que des choses délivrées en paiement par le débiteur *antérieurement* à l'envoi² ; seulement, le délai d'une année utile, pendant lequel il était loisible d'agir à dater de la vente en masse, se trouve remplacé par un délai de quatre ans continus³. Les créanciers, fraudés par un acte *postérieur* à l'envoi, ont même en leur pouvoir, sous Justinien, un second moyen qui leur est plus avantageux, en ce qu'ils sont dispensés de prouver la fraude de leur débiteur : c'est l'action *quasi serviana*, née du *pignus praetorium* qui leur appartient sur les biens possédés, et par laquelle ils peuvent exiger des tiers, à l'exemple des créanciers gagistes ou hypothécaires, que les biens détournés leur soient délaissés⁴.

S'il arrive au contraire que, loin d'accuser un déficit

¹ *Supra*, p. 290 et seq.

² L'irrévocabilité de la *datio in solutum*, qui a précédé l'ouverture de la déconfiture, ne fait plus de doute sous la période extraordinaire ; car Dioclétien avait admis la doctrine sabinienne qui assimilait la *datio* au paiement, et Justinien l'a reproduite dans ses *Institutes* (III, 29, *præm.*).

³ C. 7, de Justinien, C., *de Temp. in integr. restit.*, II, 53, d'après laquelle le délai de toute action ayant pour objet l'*in integrum restitutio* d'une année, est transformé en « *quadriennium continuum*. »

⁴ *Supra*, pp. 196 et 197. Cf. Guillaud, *op. cit.*, p. 34 ; Tambour, p. 180, note 3 *in fine*.

dans les affaires du débiteur, l'aliénation produise une somme supérieure aux créances révélées, l'excédent de recettes est alors déposé au trésor de l'Église du lieu où la vente a été accomplie (*in cimeliarchio sanctæ ecclesiæ civitatis*), et constatation de ce dépôt est faite par des notaires sur l'attestation de celui qui a procédé à la vente. Le reliquat de l'actif est mis ainsi en réserve durant un certain temps pour le cas où des créanciers retardataires viendraient à réclamer aux trésoriers de l'Église, après justification de leurs titres devant le magistrat, le paiement de ce qui doit leur revenir. Mais, s'il ne se présente pas de créanciers nouveaux, l'exproprié peut sans nul doute reprendre les sommes qui ont été consignées¹.

Le simple reliquat déposé au trésor de l'Église, telle est bien la ressource suprême à laquelle semblent réduits les créanciers retardataires, en dépit du système d'actions que nous avons relevé dans les textes à leur profit². Il y a là une complication évidente, ou plutôt une obscurité nouvelle, qui nous donne, à la fin de cette étude, comme la note dominante d'une matière absolument controversée.

En revanche, si on néglige les détails pour ne s'attacher qu'au fond des choses, on se souviendra qu'il existe dans la Vente en masse des principes certains, dont la persistance contraste avec les changements de caractères de l'exécution : telles, en effet, ces règles fonda-

¹ C. 10, § 1, de Justinien, C., *de Bon. auth. jud.*, VII, 72, comme dans la *Venditio* (*Supra*, p. 250).

² *Supra*, p. 556.

mentales ont été à l'origine, telles elles sont demeurées dans la Vente en détail, telles encore elles ont trompé l'action transformatrice des siècles, en venant inspirer le législateur français dans la double organisation de la Faillite et de la Liquidation judiciaire.

TABLE DES MATIÈRES

De la « Bonorum Venditio »

	Pages
INTRODUCTION.....	3
PREMIÈRE PARTIE. — Origine de la « Bonorum Venditio »	13
CHAPITRE PREMIER. — <i>Des voies d'exécution sur la personne des débiteurs</i>	18
§ 1 ^{er} . — Du Nexum.....	21
§ 2. — De l'Addictio.....	28
§ 3. — De la loi Poetilia.....	38
CHAPITRE II. <i>Des voies d'exécution sur les biens du débiteur qui existaient exceptionnellement à l'époque des « Legis Actiones »</i>	47
§ 1 ^{er} . — De la « Pignoris capio ».....	47
§ 2. — De la « Bonorum sectio ».....	52
§ 3. — Y avait-il, sous l'empire de la législation des XII Tables, un système général d'exécution sur les biens?	58
CHAPITRE III. — <i>Des Causes et des Sources de la « Bonorum Venditio »</i>	67
SECTION PREMIÈRE. — Causes.....	67
§ 1 ^{er} . — Causes politiques.....	67
§ 2. — Causes juridiques.....	72

	Pages
SECTION II. — Sources	75
 DEUXIÈME PARTIE. — Procédure de la « Bonorum Venditio »	 81
 CHAPITRE PREMIER. — <i>De l'Envoi en possession</i>	 86
SECTION PREMIÈRE. — Des cas d'envoi en possession	88
§ 1 ^{er} . — De l'envoi en possession des biens du débiteur qui n'est pas valablement défendu	 92
A. — Absence du débiteur	92
a. — Absence frauduleuse du débiteur	94
b. — Absence pure et simple du débiteur	98
B. — Désertion du « Vadimonium » de la part du dé- biteur	 101
C. — Refus de se défendre	104
D. — Incapacité du défendeur	105
E. — « Capitis deminutio » du défendeur	107
F. — Manque ou insuffisance de représentation de la personne du débiteur	 112
a. — Défaut de représentation de la personne du débiteur	 113
b. — Insuffisance de représentation de la personne du débiteur	 114
§ 2. — De l'envoi en possession à la suite d'une sentence ou d'une « confessio in jure »	 115
A. — Exécution forcée de la sentence ou de la « con- fessio in jure »	 115
B. — Cession de Biens	118
SECTION II. — Des Moyens d'écarter l'envoi en possession	122
§ 1 ^{er} . — Atermoiement	122
§ 2. — Remises	123
SECTION III. — De la Procédure de l'envoi en possession	126
§ 1 ^{er} . — De la Demande d'envoi en possession	128
A. — Créanciers purs et simples	130
B. — Créanciers à terme ou sous condition	134
§ 2. — De l'Ordonnance d'envoi en possession	147
§ 3. — De l'Objet de l'envoi en possession	161
§ 4. — De la Publicité et de la Durée de l'envoi en possession	172

	Pages
SECTION IV. — Des Effets de l'envoi en possession.....	179
§ 1 ^{er} . — Effets de l'envoi en possession « à l'égard du débiteur ».....	179
A. — Dessaisissement du débiteur	179
B. — Amoindrissement de la considération du débiteur	180
§ 2. — Effets de l'envoi en possession « vis-à-vis des créanciers ».....	182
A. — Droit de détention... ..	182
B. — Droit de gage	190
C. — Droit d'administration	197
SECTION V. — Des Modes d'extinction de l'envoi en possession	207
§ 1 ^{er} . — Modes d'extinction procédant du chef du débiteur	209
A. — Le débiteur est « indefensus ».....	209
B. — Le débiteur est « judicatus » ou « in jure confessus »	213
§ 2. — Modes d'extinction procédant du chef des créanciers	214
CHAPITRE II. — <i>De la Vente en masse</i>	215
SECTION PREMIÈRE. — Champ d'application de la Vente en masse	215
§ 1 ^{er} . — Le débiteur n'est pas valablement défendu	216
A. — Absence du débiteur.....	216
B. — Désertion du « Vadimonium » de la part du débiteur.....	218
C. — Refus de se défendre.....	219
D. — Incapacité du débiteur	219
1 ^o Du pupille « indefensus »	220
2 ^o Des personnes qui ont besoin d'un curateur pour se défendre, spécialement du fou, du prodigue et du mineur de 25 ans.....	223
E. — « Capitis deminutio » du débiteur	225
F. — Manque ou insuffisance de représentation de la personne du débiteur.....	225
§ 2. — Le débiteur a été condamné, a confessé sa dette ou a fait cession de biens.....	227
SECTION II. — Procédure de la Vente en masse.....	228
§ 1 ^{er} . — Du « Magister honorum vendendorum ».....	229
§ 2. — De la « Lex bonorum vendendorum »	235
§ 3. — De l'Adjudication des biens.....	241
A. — Du Délai d'adjudication.....	241
B. — Du Lieu d'adjudication	243

	Pages
C. — De la Forme de l'adjudication.....	244
D. — De l'Adjudicataire.....	247
E. — Du Prix d'adjudication.....	248
SECTION III. — Effets de la Vente en masse	251
§ 1 ^{er} . — Effets à l'égard « du débiteur »	252
A. — Expropriation du débiteur	253
B. — Infamie du débiteur	258
§ 2. — Effets à l'égard « de l'adjudicataire »	267
A. — De l'Adjudicataire « en tant que successeur universel »	267
B. — De l'Adjudicataire « en tant que successeur prétorien »	270
§ 3. — Effets à l'égard « des créanciers »	281
A. — Des Poursuites « contre l'adjudicataire »	282
I. — Des Créanciers gagistes ou hypothécaires.....	286
II. — Des Créanciers chirographaires	288
B. — Des Poursuites « contre les tiers »	290
I. — Cas d'application de l'action Paulienne	291
II. — Des Personnes pouvant exercer l'action Paulienne	300
III. — De la Durée de l'action Paulienne	301
C. — Des nouvelles Poursuites « contre le débiteur » ..	303
TROISIÈME PARTIE. — Disparition de la « Bonorum Venditio »	321
CHAPITRE PREMIER. — <i>Origine de la « Bonorum Distractio » ..</i>	322
CHAPITRE II. — <i>Procédure de la « Bonorum Distractio »</i>	328
§ 1 ^{er} . — Des Cas d'envoi en possession.....	328
A. — Du Défaut faute de comparaitre et du Défaut faute de défendre.....	329
B. — De la « minima capitis Deminutio »	332
C. — Des Délais pendant lesquels doit être différée l'exécution.....	333
D. — De la Cession de biens.....	336
§ 2. — De la Demande d'envoi.....	338
§ 3. — De l'Ordonnance d'envoi	342
§ 4. — De l'Objet de l'envoi.....	345
§ 5. — Du Délai de la vente.....	346
§ 6. — De la Vente en détail.....	349

	Pages
CHAPITRE III. — <i>Effets de la « Bonorum Distractio »</i>	352
§ 1 ^{er} . — Effets vis-à-vis « du débiteur »	352
§ 2. — Effets vis-à-vis « de l'acheteur »	354
§ 3. — Effets vis-à-vis « des créanciers »	355

DROIT FRANÇAIS

DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

PRÉLIMINAIRES

Rien n'est certainement plus vivant ni plus instructif pour l'homme d'étude, que la vision des conditions économiques qui président au fonctionnement des transactions commerciales.

A la différence des opérations civiles, où tout se fait avec une sage lenteur, où les contractants ont tout le temps nécessaire pour scruter les forces respectives de leur solvabilité et pour en réparer les défaillances au moyen de garanties hypothécaires, les contrats commerciaux se concluent avec une rapidité telle qu'ils exigent, pour leur propre sûreté, une égale bonne foi dans l'esprit des parties en cause. . . .

La bonne foi, telle est l'âme du commerce.

Sans doute, le crédit d'un négociant est intimement lié au chiffre plus ou moins considérable de capitaux qu'il possède ; mais les industriels comblés d'une grande fortune éprouvent souvent la hantise des spéculations lointaines, coûteuses, et la débâcle arrive

alors qu'ils se complaisaient la veille dans leur opulente situation.

Ce qui fait le commerçant, ce n'est donc pas en théorie l'or dont il dispose, les garanties complémentaires qu'il peut trouver, mais bien plutôt le crédit basé sur ses aptitudes professionnelles au double point de vue de la prudence et de l'habileté; ce sont ses qualités morales, c'est la fidélité qu'il apporte à remplir ses engagements, c'est, en un mot, l'honneur dont il revêt sa signature.

Sans la bonne foi, il n'est pas de convention commerciale possible.

On contracte, en effet, la plupart du temps entre absents, sans avocats, sans notaires; les opérations se succèdent, on extrait, on transforme, on produit, on écoule des marchandises de nature multiple et diverse, on se les passe de main en main jusqu'au consommateur, et, dans ce chaos de transactions, on devient réciproquement débiteur et créancier par signes, par lettres, par dépêches, par téléphone....., toujours sous l'influence de considérations tirées de la bonne foi.

Il arrive ainsi que, à la différence des transactions civiles où, si l'on excepte le cas de manœuvres frauduleuses, on se trouve déçu généralement par sa faute, par suite d'un manque réel de défiance, les contrats commerciaux, basés sur la bonne foi, exposent le négociant à se tromper ou à être trompé, et par conséquent à ne pas faire honneur à ses engagements.

Quelle calamité est comparable à un krach financier

ou à l'effondrement d'une maison commerciale ? Tandis qu'en matière civile l'intérêt d'un seul ou celui de quelques-uns est compromis, « le crédit commercial est comme une chaîne dont un anneau se lie à un autre anneau, jusqu'à ce que, de proche en proche, on remonte au point de départ¹ » ; et cela est si vrai qu'on a pu dire : « ne pas toucher à jour fixe une somme sur laquelle on était en droit de compter, cause souvent dans le commerce un préjudice aussi grand que de ne jamais être payé². » Le commerce, pris dans son ensemble, est donc comme une vaste machine, dont le fonctionnement normal dépend du mouvement régulier de chacun de ses rouages infinis. Par là, le crédit commercial touche de très près au crédit public ; on peut même dire qu'il en constitue l'une des branches les plus importantes. Il incombe dès lors au législateur, chargé de maintenir le crédit public, d'édicter des mesures toutes spéciales pour réfréner chez certains individus la tentation de ne pas faire honneur à leurs engagements.

Mais, c'est ici que se rencontrent les plus grosses difficultés.

Quels sont les caractères d'une bonne législation en matière de faillite ?

« Toute bonne loi sur la faillite, dit M. Chamberlain, doit avoir en vue deux objets principaux et distincts. Elle doit se proposer d'abord d'assurer l'admi-

¹ Troplong, *De la Contrainte par corps*, préface, p. 177.

² Garraud, *De la Déconfiture*, p. 70.

nistration honnête du patrimoine du failli, afin d'arriver à une distribution complète et rapide de son actif entre les créanciers. Elle doit ensuite, en vertu de cette idée que prévenir vaut mieux que punir, prendre des mesures pour élever le niveau de la moralité commerciale, pour favoriser le développement du commerce honnête et pour diminuer le nombre des faillites. En d'autres termes, le Parlement doit tenter autant que possible de protéger le sauvetage et diminuer le nombre des naufrages. »

En conséquence, toute législation commerciale, pour être bonne, doit avoir égard à deux intérêts distincts, à celui des créanciers et à celui des débiteurs ; de plus, elle doit être en rapport avec les conditions économiques imposées par l'état social de chaque pays.

Est-ce à dire qu'il faille reconnaître entre créanciers et débiteurs un antagonisme nécessaire ? Nullement, car nous savons que chaque commerçant, par suite des transactions qu'il conclut, se trouve tour à tour débiteur et créancier.

Ainsi, la connexité étroite qui unit les rapports de créancier à débiteur ne permet pas d'imprimer un caractère trop rigoureux ou trop humain à une législation commerciale, parce qu'il faut éviter d'effrayer les uns ou les autres.

Effrayer, en effet, les débiteurs par des mesures presque draconiennes, c'est obliger les gens réfléchis à ne pas négocier par crainte d'être un jour déchu de leurs droits ; en telle sorte qu'il n'y aura plus à se

lancer dans les entreprises grandes ou petites que les écervelés ou les fraudeurs, qui envisagent seulement le gain à retirer ou qui se moquent de l'amoindrissement éventuel de leur honneur.

On ne saurait pas davantage intimider les créanciers par une législation trop indulgente ; autrement, ceux-ci resserreraient le cercle de leurs affaires afin de mieux contrôler la situation de leurs correspondants, et le manque de crédit troublerait les transactions sans prévenir les fraudes familières aux débiteurs, gens parfois faibles de conscience ou d'esprit.

Une loi sur le commerce doit donc tenir la balance égale entre le débiteur et ses créanciers, tout en s'inspirant des nécessités économiques du pays qu'elle régit.

C'est précisément pour avoir méconnu ce principe fondamental que le législateur français, ayant favorisé au gré de l'opinion le créancier au détriment du débiteur et *vice versa*, n'est jamais parvenu à édifier un monument irréprochable en matière de faillite.

A-t-il été plus heureux en créant la « *Liquidation judiciaire* ? »

Incontestablement, répondrons-nous, si toutefois il ressort de notre étude qu'il ait réussi à relever le niveau moral du commerce et à maintenir l'équilibre entre les intérêts des débiteurs et les droits des créanciers.

INTRODUCTION HISTORIQUE

La Liquidation judiciaire est une institution toute de clémence en faveur des débiteurs de bonne foi. — En étudier les origines c'est, pour être complet, entreprendre la genèse des mesures protectrices édictées à l'endroit des commerçants malheureux, c'est-à-dire non seulement au profit de celui qui se trouve dans l'impossibilité de tenir ses engagements par suite d'imprudence ou d'incapacité, mais encore dans l'intérêt de celui que des cas fortuits ou de force majeure, tels qu'une révolution politique, une guerre civile ou internationale, la disparition d'un banquier ou d'un notaire, ont obligé à cesser ses paiements ; s'il est une situation digne d'intérêt, c'est assurément celle de ce dernier.

Et on a peine à comprendre qu'il ait fallu des siècles pour conduire le législateur à cette distinction entre débiteurs malhonnêtes et malheureux : peu s'en fallut même que l'idée qui a pris corps il y a cinq ans ne s'évanouît encore une fois.

Nous diviserons cette introduction historique en deux parties : la première comprendra la législation commerciale depuis sa première codification un peu importante, c'est-à-dire depuis l'Ordonnance de 1673 jusqu'à la Loi de 1838 ; la seconde contiendra les travaux préparatoires de la Loi de 1889 sur la Liquidation judiciaire.

PREMIÈRE PARTIE

DE L'ORDONNANCE DE 1673 A LA PROMULGATION DE LA LOI DE 1838

Cette première période nous offre trois phases distinctes :

1° Une phase toute de clémence régie par l'Ordonnance de 1673 et par les Ordonnances postérieures qui l'ont complétée ;

2° Une phase de rigueur outrée avec le Code de commerce de 1807 ;

3° Une phase de soi-disant justice avec la Loi du 28 mai 1838.

Nous subdiviserons donc notre première période en trois paragraphes correspondant à ces trois mesures législatives ¹.

¹ D'une manière générale, consulter pour l'historique de la faillite Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, Paris, 1857, 3^e édit., 1^{re} partie. Adde les travaux préparatoires et les rapports sur la Loi du 4 mars 1889 élaborés par les Chambres législatives, par le Conseil d'État et par la Cour de cassation.

§ 1^{er}. — De l'Ordonnance de 1673.

C'est sous Louis XIV, à dater de la dernière moitié du xvii^e siècle, que commence positivement l'histoire de notre législation des faillites. Auparavant, le législateur s'était contenté d'édicter des peines contre les débiteurs qui s'étaient laissés aller à des actes frauduleux au préjudice de leurs créanciers. En effet, une Ordonnance de François I^{er}, rendue à Lille le 10 octobre 1536, édictait des châtimens corporels ; une Ordonnance de Charles IX de 1560, plus sévère que la précédente, prononçait la peine de mort contre les banqueroutiers (art. 143), que maintinrent d'ailleurs l'Ordonnance d'Henri III de 1579 et un Édit d'Henri IV de mai 1609 : bien qu'en pratique on n'appliquât pas les rigueurs de la loi, on pensait avoir suffisamment protégé les intérêts des créanciers en ayant édicté que les banqueroutiers seraient « *exemplairement punis de mort comme voleurs* ¹. » On s'aperçut environ soixante ans plus tard de la nécessité qui s'imposait de régler la situation de plusieurs créanciers vis-à-vis de leur débiteur commun, pour empêcher que les uns ne profitassent de générosités au détriment des autres.

L'Ordonnance de mars 1673, rédigée sous le nom de « *Code marchand* » et conformément aux usages reçus dans nos grands centres commerciaux ², fut la première

¹ Édit de 1609.

² Notamment auprès des prévôts des marchands de Lyon, dont les réglemens, homologués par un arrêt du Conseil en date du

qui réglementa la gestion des biens de la faillite pour sauvegarder le gage des créanciers. A côté d'une organisation sérieuse des *faillites et banqueroutes* (titre XI), l'Ordonnance, par la consécration des *défenses et lettres de répit* (titre IX), permettait au débiteur commerçant ou même non commerçant (titre XI, art. 2), pourvu qu'il fût de bonne foi, d'obtenir un atermolement, lequel cependant ne reculait pas l'ouverture de la faillite et n'empêchait pas le bénéficiaire d'être exclu des fonctions publiques. A défaut de lettres, le débiteur non coupable avait la ressource de la Cession de biens (titre X) ; mais, s'il l'obtenait, il ne pouvait pas se montrer en public sans être coiffé d'un bonnet vert ¹. L'Ordonnance avait réservé toutes ses rigueurs pour les banqueroutiers et leurs complices ; car, les uns étaient condamnés à la peine capitale et les autres aux galères.

Les désastres commerciaux, occasionnés par les querelles perpétuelles de Louis XIV, provoquèrent même une Ordonnance du Châtelet, en date du 12 mars 1678, qui permettait au débiteur, victime d'une fortune contraire, de convoquer à bref délai ses créanciers, pour que deux d'entre eux pussent vérifier et faire homologuer, sans frais ni apposition de scellés, un double état de la valeur de ses effets et de ses dettes.

7 juillet 1667, s'étaient largement inspirés de la législation des villes de l'Italie, telles que Milan, Venise, Gênes. (V^o Vincens, *Exposé raisonné de la législation commerciale*, t. I, p. 387, *Législation de la ville de Gênes* ; Rép. Dalloz, V^o *Faillites*, n^o 5.)

¹ On connaît les vers de Boileau (*Satire I*, v. 15). Adde La Fontaine, liv. XII, fable 7.

Enfin, une Déclaration royale du 23 décembre 1699 vint compléter la législation des lettres de répit par l'organisation de toute une procédure pour leur obtention « afin, disait-elle, de les rétablir dans la pureté de leur ancien usage, et prévenir les surprises et les artifices de ceux qui voudraient en abuser contre la fin de leur originaire institution ¹. »

Malgré les garanties nouvelles qu'ajoutait cette dernière Ordonnance au profit des créanciers, les lettres de répit n'en constituaient pas moins un moyen très avantageux pour le débiteur de continuer d'enlever à leur préjudice tous ses effets durant le temps des défenses et de couvrir ainsi sa mauvaise foi : elles furent entachées de si nombreux abus que la Révolution de 1789 les abolit, sans toucher toutefois à la législation des faillites, telle qu'elle avait été organisée par l'Ordonnance de 1673 et complétée ensuite par différentes Déclarations ².

§ 2. — Du Code de commerce de 1807.

Dès l'année 1787, on avait songé à doter le monde du commerce d'une législation plus complète et surtout plus

¹ Renouard, t. I, pp. 88-93.

² Nous citerons spécialement : une Déclaration du roi, de novembre 1702, qui proclama la nullité de certains actes faits par le failli à une époque contemporaine de la cessation de ses paiements ; — une Déclaration royale du 11 janvier 1716, relative à l'obligation d'affirmer les créances ; — une Déclaration du 13 septembre 1739, concernant la vérification des créances.

énergique ; mais les événements politiques empêchèrent l'œuvre de réaction d'aboutir.

Ce fut sous le Consulat qu'on reprit le travail de réforme : une commission spéciale fut instituée par un arrêté des Consuls en date du 13 germinal an IX, mais son projet échoua dans les cartons du Conseil d'État, d'où il ne sortit qu'à la faveur de la crise financière qui désola en 1806, au lendemain de la Révolution, la société régénérée¹.

Le Conseil d'État, convoqué d'urgence à discuter le projet du Code de commerce, fit docilement droit aux conseils pleins de sévérité que lui donna l'Empereur à son retour de Tilsitt. « Dans toute faillite, disait Napoléon, il y a un corps de délit, puisque le failli fait tort à ses créanciers. Il est possible qu'il n'y ait pas mauvaise intention, quoique ce cas soit fort rare ; mais le failli le justifiera. Un capitaine qui perd son vaisseau, fût-ce par un naufrage, se rend d'abord en prison. » Dans ce langage on ne sait où commence le législateur et où finit le soldat. N'importe, l'Orateur du Gouvernement qui défendit le projet en vint à le considérer comme « *un besoin public* » réclamé par le « *vœu universel* » de tout ce que la France renfermait d'honnêtes négociants, et, dominé par cette idée que « tous les débiteurs sont malhonnêtes et qu'il y en a de coupables », le Corps Législatif vota les cinq lois qui lui étaient présentées. Ces lois relatives, contrairement à l'ancien droit, aux

¹ « Une maison notamment, qui jouissait d'un immense crédit et se livrait à un luxe effréné, manqua de 28 à 30 millions, sans rien changer à ses habitudes de magnificence, sans rien diminuer de son faste. » — Bravard-Veyrières.

seuls commerçants, furent ensuite réunies en un même corps, sous le nom de « *Code de commerce* », par une loi du 13 septembre 1807, promulguée le 22 septembre de la même année et déclarée exécutoire à dater du 1^{er} janvier 1808.

Le Code de commerce de 1807, pris dans son ensemble, constitue un recueil de nouvelles dispositions remarquablement supérieures à la législation commerciale admise par l'ancien régime : il est une preuve de la haute érudition et de la compétence vraie de ses auteurs.

Malheureusement de longues formalités y entachent les mesures préliminaires du concordat et de l'union par la triple organisation de l'agence, du syndicat provisoire et du syndicat définitif. Ce n'est pas cependant que les créanciers soient à même d'entraver la marche des opérations, car ils ne conservent plus d'action que sur la nomination des syndics et sur l'administration de l'union ; mais aucun parti décisif ne peut être pris avant l'expiration des délais fixés pour la convocation des créanciers les plus éloignés, et ces délais dépassent quelquefois le laps d'une année ; autant de retards qui se trouvent encore augmentés par des causes que le législateur n'a pas prévues, telles que les contestations de créances, etc. — La multiplicité des formes absorbe la plus grande partie de l'actif, si bien que, faute des fonds nécessaires, la faillite s'arrête, privant les créanciers tout à la fois de l'exercice de leurs droits individuels et du résultat de leurs poursuites collectives. — Le dessaisissement du failli constitue une innovation sérieuse par rapport à la législation antérieure qui laiss-

sait les faillis en possession de leurs biens, sans même qu'ils fussent astreints à convoquer immédiatement leurs créanciers : néanmoins, c'est chose sévère ; et, bien que le législateur ait distingué la banqueroute simple de la banqueroute frauduleuse, et qu'il ait maintenu la cession de biens au pouvoir du failli innocent pour lui éviter la contrainte par corps, il n'en est pas moins vrai que l'insolvable malheureux et l'insolvable malhonnête subissent des déchéances identiques, comme étant également animés d'intentions perverses à l'égard de leurs créanciers. En outre l'incarcération forcée entraîne généralement la fuite du débiteur, de sorte que les syndics manquent des premiers renseignements sur l'état de ses affaires ; quant à l'apposition des scellés sur ses magasins et sur tous ses effets sans distinction, elle paralyse, au moins durant le temps de l'agence, la continuation du commerce, et elle réduit à rien l'achalandage qui dans les faillites de minime importance constitue le plus clair de l'actif. En résumé, le Code de 1807 ne distingue nullement entre elles les différentes causes de faillite. En vain a-t-on essayé d'établir qu'il fait une distinction entre la cessation des paiements et la simple *suspension* qui, elle, ne tomberait pas sous le coup de la loi des faillites ¹ : cet avis est resté isolé.

Tels étaient les vices les plus apparents de la loi d'intimidation qu'on venait de porter ².

¹ Sic Locré, *Esprit du Code de commerce*, 4^{re} édit., 1815, t. V, pp. 18 et suiv.

² Cf. Extrait du rapport de M. Quénault à la Chambre des députés sur les mérites de la loi de 1838. Adde Bédarride, *Traité des faillites et banqueroutes*, 4^e édit., 1862, t. I, p. xiv à xvi ; Esnault, *Traité des faillites et banqueroutes*, édit. 1846, t. I, n° 15.

Aussi devons-nous accueillir sans trop de surprise la révélation d'une pratique *amiable*, usitée à côté de la procédure du Code de commerce, et dans laquelle perce déjà l'idée de cette innovation *judiciaire* que nous a donnée la loi du 4 mars 1889 : « A moins d'être intéressé dans la faillite pour une somme capitale, tout négociant, quelque peu affairé qu'il soit, accepte la faillite comme un sinistre sans assureurs, passe la perte au compte des profits et pertes et ne commet pas la sottise de dépenser son temps ; il continue à brasser ses affaires. Quant au petit commerçant, harcelé par ses fins de mois, occupé de suivre le char de sa fortune, un procès effrayant de durée et coûteux à entamer l'épouvante ; il renonce à voir clair, imite le gros négociant et baisse la tête en réalisant sa perte. Les gros négociants ne déposent plus leur bilan : ILS LIQUIDENT à l'amiable : les créanciers donnent quittance en prenant ce qu'on leur offre. On évite alors le déshonneur, les délais judiciaires, les honoraires d'agréés, les dépréciations de marchandises. Chacun croit que la faillite donnerait moins que la liquidation. *Il y a tout autant de liquidations que de faillites à Paris* ¹. »

§ 3. — De la Loi du 28 mai 1838.

Sur l'invitation du Ministre de la justice par circulaire en date du 22 mai 1827, les Cours royales, les Tribunaux et les Chambres de commerce émirent un

¹ Honoré de Balzac, « *Grandeur et décadence de César Birotteau*. »

avis favorable touchant l'utilité de réformer la législation des faillites. Trois ans après la période troublée de 1830, une commission rédigeait un projet de loi qui, soumis à la Chambre des députés le 1^{er} décembre 1834 et présenté à la Chambre des pairs en 1837, devint la Loi des 28 mai et 8 juin 1838.

« Cet ensemble de constructions solides », suivant l'expression de M. Courcelle-Seneuil, est un chef-d'œuvre de patience et de savoir. Dorénavant, la procédure de la faillite sera un peu plus brève¹, un peu moins dispendieuse², plus complète³, et surtout moins vexatoire pour le débiteur, à tel point qu'elle nous offre comme le germe de la distinction que doit consacrer plus tard la loi de 1889 entre débiteurs malhonnêtes et débiteurs simplement malheureux ; ainsi :

1° Le commerçant innocent n'encourt que des déchéances civiles se référant à sa personne ou à ses biens, par conséquent aucune pénalité correctionnelle ou criminelle (Code pén., art. 402).

2° A-t-il fauté ou seulement été victime de l'imprévu, le failli peut être déclaré banqueroutier simple selon les cas (Code comm., art. 586) ; à la différence de la période soumise au Code de 1807, le refus d'homologuer son concordat ne le met pas par ce fait même en prévention de banqueroute.

¹ C. comm., art. 499, 500 et 581.

² C. comm., art. 455.

³ C. comm., art. 527 et 528 qui, par la création de la *Clôture en cas d'insuffisance de l'actif*, empêchent qu'une faillite, à défaut d'actif, reste sans solution.

3° Moyennant l'accomplissement de certaines conditions, le failli et le banqueroutier simple ont le droit de se réhabiliter, à l'exclusion du banqueroutier frauduleux et de certains autres individus (Code comm., art. 602 et 612). La loi de 1838 décide même que la demande en réhabilitation qui, rejetée, n'était plus susceptible autrefois d'être renouvelée, pourra être désormais reproduite au bout d'un an (art. 610) : de plus, la réhabilitation du failli après sa mort est maintenant autorisée (art. 614).

4° L'arrestation et l'incarcération du débiteur deviennent facultatives, et la cession de biens est remplacée en matière de faillite par une déclaration d'excusabilité : en conséquence, le Tribunal de commerce qui a en face de lui un individu non coupable peut l'affranchir de l'arrestation provisoire, s'il a spontanément déposé son bilan dans les trois jours de la cessation de ses paiements (Code comm., art. 438 et 456 chn.) ; il peut encore le déclarer excusable au moment de la dissolution de l'union, ce qui lui permet d'échapper pour l'avenir à l'application de la contrainte par corps (Code comm., art. 537 et suiv.)¹.

La loi de 1838 était-elle donc une œuvre parfaite ? Nous ne le pensons pas : elle était critiquable au triple point de vue de sa procédure lente et dispendieuse, —

¹ Adoucissements purement nominaux ; car, sauf le cas exceptionnel d'urgence, les tribunaux de commerce n'ordonnent pas l'incarcération du failli, et la suppression de la contrainte par corps en matière commerciale enlève toute utilité pratique à la déclaration d'excusabilité.

de l'omnipotence de ses syndics, — et de l'injustice de ses rigueurs¹.

A. — *Lenteurs et frais.*

A tout le monde la durée de la procédure de la faillite, prise en elle-même, en dehors des lenteurs que lui impriment les syndics, paraissait excessive. Nous mentionnerons plus particulièrement la nécessité de reviser le mode de vérification des créances, et nous ajouterons que la possibilité de faire remonter dans un passé indéfini la date de la cessation de paiements ouvre la porte à de nombreux procès en annulation d'actes conclus par le failli très longtemps avant le jugement déclaratif : ce qui, non seulement suspend durant des années entières le cours des opérations, mais encore compromet la parfaite sécurité des transactions. Du reste, pour les esprits qui ont foi dans les statistiques, il n'est pas inutile de consulter le compte rendu de l'administration de la justice en France, par exemple pendant l'année 1881 :

Le 31 décembre 1881, 7,375 faillites restaient à régler devant les tribunaux de France.

L'ouverture de 1,424 remontait à 3 mois au moins.

— 1,015 — à plus de 3 mois et
moins de 6.

¹ En général, pour les critiques à adresser à la législation des faillites de 1838, V^e Laroze, Chambre des députés, séance du 16 octobre 1888. Adde Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, édit. 1883, t. II, n^o 3109 ; Lyon-Caen, *Bul. soc. lég. comp.*, XVII, p. 292 ; E. Thaller, *Des Faillites en dr. comp.*, édit. 1887, t. I, pp. 68, 204 et *passim*.

L'ouverture de 1,492 remontait à plus de 6 mois et moins de 12.

— 1,347 — à plus de 1 an et moins de 2.

— 726 — à plus de 2 ans et moins de 3.

— 411 — à plus de 3 ans et moins de 4.

— 238 — à plus de 4 ans et moins de 5.

— 722 — à plus de 5 ans.

Il est facile de voir par ces chiffres que la *moitié environ* des faillites ouvertes au 31 décembre 1881 l'étaient depuis plus d'un an, et que le *tiers environ* du nombre total de ces procédures avait exigé de deux à cinq ans.

Quant au côté économique de la faillite, point n'est besoin d'insister : les opérations s'y déroulent dans de telles conditions que, lorsqu'elles sont terminées, une notable partie de l'actif se trouve transportée aux mains du gouvernement, des hommes de loi et spécialement des syndics.

B. — *Omnipotence des syndics.*

La loi de 1838 retire aux créanciers jusqu'à cette action sérieuse que leur a pourtant laissée le Code de commerce sur l'administration de l'union. Le syndic, armé de pouvoirs trop étendus, surtout au point de vue de l'exercice des actions judiciaires, devient quelque peu dictateur. Fort de sa compétence, il domine les difficultés et il tranche souvent les questions les plus

déliçates sans le secours des hommes de profession : il fait pour ainsi dire de la faillite sa propre chose.

A tout le moins la procédure reçoit-elle une impulsion loyale, impartiale? Pas toujours; car le syndic, au lieu de gérer dans l'intérêt de tous, se fait tantôt l'homme lige de certains gros financiers qui cherchent à écraser leurs cocréanciers, tantôt le serviteur du failli lui-même qui, dans un avenir prochain, reprendra très certainement sa revanche¹.

Que dire encore de la comptabilité des syndics, si ce n'est que, dépourvue de contrôle, elle s'opère d'ordinaire contrairement aux vœux formels de la loi? Ainsi se trouve négligée l'obligation qui leur incombe de verser à la caisse des Dépôts et Consignations dans les trois jours, sous peine de payer l'intérêt à 5 %, tous les fonds provenant des ventes et recouvrements de la faillite (Code comm., art. 489); bien plus, certains ne se contentent pas de garder des sommes importantes dans leur caisse, ils les portent à leur propre compte chez des banquiers et ils les appliquent ainsi à la marche de

¹ Sic Thaller, *op. cit.*, t. II, p. 183 et plus loin, p. 205. V^o Plaintes du Comité central des Chambres syndicales de Paris, dans l'*Économiste franç.*, n^o du 5 octobre 1885; Serville, *Études sur les syndics de faillite*, dans le numéro de mai 1888 de la *Société de législation comparée*. Cf. Balzac, lequel écrivait dans son *César Birotteau* : « Le syndic, au lieu d'être l'homme des créanciers, peut devenir l'homme du débiteur... Il peut s'utiliser des deux côtés, soit en n'incendiant pas les affaires du failli, soit en attrapant quelque chose pour les gens influents; il ménage donc la chèvre et le chou... Il se tourne vers le râtelier le mieux garni, soit qu'il faille couvrir les plus forts créanciers et découvrir le débiteur, soit qu'il faille immoler les créanciers à l'avenir du négociant... »

leurs affaires personnelles. — De même un autre article du Code (art. 566) leur enjoint de remettre tous les mois au juge-commissaire un état de situation de la faillite et des deniers versés à la caisse des Dépôts et Consignations, pour que celui-ci en ordonne, s'il y a lieu, une répartition entre les créanciers : cet article est généralement violé. — Enfin, aux termes de l'article 537, ils doivent rendre leur compte dans la dernière assemblée des créanciers ; mais des abus sont nés des usages très divers au moyen desquels on a suppléé au silence de la loi sur la forme de ce compte, sur la facilité pour les créanciers de le vérifier, sur la fixation des honoraires et sur la taxe préalable à laquelle il est bon de les soumettre, etc.

La comptabilité, l'attitude et les pouvoirs des syndics réclamaient donc certaines réformes.

C. — *Injustice*

La législation introduite par la loi de 1838 était injuste à l'endroit du débiteur malheureux et de bonne foi, qu'elle ne distinguait pas, d'une manière doctrinale, systématique, du coquin qui fait faillite les mains pleines. L'idée fondamentale de cette distinction s'y rencontre sans doute, mais c'est tout : de cette lacune nous avons une double preuve, l'une historique, l'autre juridique.

Lors de la réforme de 1838, on mit effectivement en avant l'idée d'ériger la *suspension de paiements* en un état légal, distinct de la *cessation des paiements* et régi par des dispositions spéciales ; mais les rapporteurs des deux

projets de 1835 et de 1838, MM. Renouard et Quénault, la repoussèrent comme inadmissible : en effet, aux yeux de M. Renouard, « suspendre ses paiements, c'est faillir¹, » et pour M. Quénault, « suspendre le droit individuel des créanciers sans leur assurer les garanties qui résultent du régime de la faillite, ce serait renouveler les abus des anciennes lettres de répit et des arrêts de surséance². »

En second lieu, comme le Code de 1807, la loi de 1838 débute par cette règle générale et absolue : « Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite, » sans tenir aucun compte de la moralité des débiteurs ni des causes de leur cessation de paiements³.

Injuste, la législation devait être fatalement trop sévère.

En effet, devant tout failli, fût-il accablé par le sort plus que par sa propre faute, se dresse la perspective d'un dessaisissement rigoureux : or, « quoi de plus triste pour le commerçant, qui succombe victime d'une mauvaise fortune, de voir, aussitôt la faillite déclarée, un étranger placé à la tête de son patrimoine, dont la gestion lui est enlevée ! Les ateliers sont déserts, les magasins fermés, les scellés apposés partout ! On craint les détournements de la part de ce débiteur, alors même qu'il est venu spontanément déposer son bilan et solliciter l'intervention de la justice pour régler ses

¹ Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 234 et suiv.

² Quénault, dans Dalloz, *Jur. gén.*, V^o Faillite, p. 15, n^o 5, en note.

³ C. comm., art. 437, al. 1. Cf. *Gazette des Tribunaux*, n^{os} des 2-3 juillet 1888.

affaires ; on l'oblige à demander des secours pour lui et pour sa famille. Désormais il n'est plus rien, le syndic est tout !¹ »

Pour tout failli, dissipateur ou ruiné par les circonstances, c'est la même flétrissure sous une qualification commune, c'est indistinctement l'infamie du nom.

Pour tout failli, malheureux ou malhonnête, déclaré excusable ou reconnu fripon, quelle qu'ait été la solution de sa faillite, ce sont les mêmes incapacités. Ces déchéances affectent les droits politiques du débiteur ou certains droits se rattachant à sa qualité de commerçant :

A. — *Au point de vue politique*, le failli n'est ni électeur, ni éligible aux deux Chambres², aux conseils généraux³, aux conseils d'arrondissement⁴, aux conseils municipaux⁵ ; — il ne peut être témoin instrumentaire dans un acte notarié⁶, sauf dans un testament⁷ ; — il ne peut

¹ Bailly, *Examen de quelques difficultés découlant de la Loi du 4 mars 1889 sur les Liquidations judiciaires* (Extrait des *Annales de Droit commercial français, étranger et international*, 1889, n° 2). Paris, 1889, p. 11. Adde Thaller, *op. cit.*, t. I, ch. III, spéc. n° 106.

² L. 9 déc. 1884, art. 4 ; Décret organique du 2 févr. 1852, art. 15, 17^e et 26.

³ L. 10 août 1871, art. 5 et 6.

⁴ Constitution du 22 frimaire an VIII, et L. 10 août 1871, art. 5.

⁵ L. 5 avril 1884, art. 14 et 32. Or, depuis la proclamation du suffrage universel, l'électorat et l'éligibilité sont devenus des droits primordiaux.

⁶ L. 25 ventôse an XI, art. 9.

⁷ C. civ., art. 980, lequel n'exige pas la qualité de citoyen français.

être juré en matière criminelle¹ ni en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique².

B. — *Au point de vue civil et commercial*, le failli n'est ni électeur ni éligible aux tribunaux de commerce³, aux conseils de prud'hommes⁴, aux chambres de commerce⁵, aux chambres consultatives des arts et manufactures⁶; — il ne peut se présenter à la Bourse⁷, ni faire admettre sa signature à l'escompte par la Banque de France⁸; — il ne peut remplir les fonctions de gérant d'un journal⁹; — il est incapable d'être soit agent de change¹⁰, soit courtier privilégié¹¹; il peut faire le courtage des marchandises, mais il ne peut pas être porté sur la liste des courtiers inscrits¹²; — il n'est pas dans les conditions voulues pour être notaire¹³; — enfin il ne peut exercer les droits attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur¹⁴ ou de décoré de la médaille

¹ C. instr. crim., art. 384; L. 21 nov. 1872, art. 2.

² L. 3 mai 1841, art. 29.

³ L. 8 déc. 1883, art. 2-8° et 8.

⁴ L. 1^{er} juin 1853, art. 6.

⁵ L. 8 déc. 1883; Décret du 22 janvier 1872; L. 21 déc. 1871.

⁶ Décret du 22 janvier 1872, art. 3 et 4.

⁷ C. comm., art. 613.

⁸ Décret du 16 janvier 1808, art. 50 et 51.

⁹ Arrêt de la Cour de cassation (Ch. réunies), en date du 22 juin 1887 (*V° Gaz. Pal.*, 87, 2, 79).

¹⁰ C. comm. art. 83.

¹¹ *Ibid.*

¹² L. 18 juillet 1866, art. 2, al. 3.

¹³ L. 23 ventôse an XI, art. 9.

¹⁴ Décret du 16 mars 1852, art. 39.

militaire¹, et il lui est interdit de porter les insignes de ces ordres ou même d'un ordre étranger².

La réhabilitation commerciale peut seule effacer ces déchéances commerciales, civiles et politiques : combien sont rares en France les réhabilitations par suite des exigences de la pratique et de la loi³ !

A ceux que tant de rigueurs pourraient étonner nous dirons, que le motif en doit être rapporté au souvenir des scandales qui troublèrent la société au lendemain de la Révolution de 1789, et aussi au respect de la pensée du grand Empereur, qui voyait *a priori* dans toute faillite la trace d'un délit.

Cette inexorable sévérité n'eut même pas pour effet de mieux protéger l'intérêt des créanciers : c'est surtout à elle que les organes les plus autorisés du commerce et de l'industrie attribuèrent les longs retards apportés par les débiteurs à la déclaration de leur cessation de paiements, et par là-même la cause des nombreux désastres commerciaux qui se produisirent avant la réforme de 1889⁴.

¹ Décret du 24 nov. 1852, art. 2.

² Décret du 24 nov. 1852, art. 7.

³ C. comm., art. 604-614. Une campagne devait être entreprise ces temps derniers pour obtenir des adoucissements à la procédure de la réhabilitation (Sénat, séance du 15 janvier 1889; *Économiste français*, 9 mars 1889) : nous l'attendons toujours !

⁴ Voir le rapport de M. Laroze, en date du 16 juin 1887 (*Journal officiel*, Doc. parl. de nov. 1887, p. 876, annexe n° 1842); Lyon-Caen, *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1888, Exposé de la législation sur les faillites en Angleterre, p. 292, et *Annuaire de la législation française*, 1889, p. 61. Les données statistiques nous

En effet, le commerçant qui voit arriver une échéance trop lourde pour les ressources dont il dispose, réalise une partie de son actif pour la remettre à ses créanciers; puis, si les opérations continuent d'être malheureuses, il entame encore son avoir dans le but de satisfaire à ses obligations : jusqu'ici sa conduite demeure à l'abri du reproche.

Mais, si la gêne empire, plutôt que de réclamer promptement l'aide de la justice en faisant le dépôt loyal de son bilan, le débiteur de bonne ou de mauvaise foi, terrifié à la pensée du sort rigoureux qui l'attend, dissi-

indiquent en effet une progression constante des sinistres commerciaux. Ainsi, le nombre des faillites a plus que doublé depuis 1841 jusqu'en 1880, époque à laquelle il atteint le chiffre de 6,295; il s'élève en 1881 à 6,795 et en 1882 à 7,061 (*Journal des Faillites et des Liquidations judiciaires*, 1882, pp. 445 et suiv.; 1883, pp. 402 et suiv.; 1884, pp. 317 et suiv.).

Cependant, certains défenseurs de la loi de 1838 attribuent de préférence les résultats constatés par les statistiques à un relâchement des tribunaux dans l'interprétation intelligente et serrée des textes législatifs, — aux époques de crises commerciales et industrielles comme celles de 1848 et de 1870, — au développement progressif du commerce, et par suite au plus grand nombre de commerçants et de sociétés financières, — enfin, à l'abolition de la contrainte par corps. Et de fait, depuis la loi du 22 juillet 1867, qui rendit inapplicables certains articles, comme les articles 453 *in fine* et 539, les commerçants n'ont plus d'intérêt à demander eux-mêmes leur mise en faillite, ni à prévenir la clôture des opérations pour insuffisance d'actif, afin d'échapper à la contrainte par corps (Observations présentées à la Soc. de lég. comp., par MM. Bufnoir et Challamel, *Bul. Soc. lég. comp.*, XVII, pp. 367 et 397; Langlais, *Essai critique sur le projet de réforme de la législation des faillites*, Paris, 1887; Sabatier, *Rev. crit.*, 1878, pp. 344 et 743; Larombière, *Rapport à la Cour de cassation (J. des Faill.*, 1885, p. 301); Esnault, *Traité des Faillites et Banqueroutes*, Introd., Paris, 1880. Cf. Desjardins, *Revue des Deux-Mondes*, mai 1888, p. 140).

mule le plus longtemps possible sa véritable situation : il achète à terme pour revendre au comptant ; il emprunte à des conditions ruineuses pour payer les dettes les plus criardes ; aux gens moins irrités il fournit des garanties, et des plus confiants il obtient des délais. A l'expiration des attermoiements accordés, il écoute les conseils de l'agent d'affaires qui lui fait conclure un traité avec la majorité de ses créanciers, bien que l'unanimité soit requise pour la validité de semblables contrats. Et alors de deux choses l'une : s'il paie les dividendes, l'un des créanciers mis à l'écart attaque le traité, en fait prononcer la nullité et provoque la faillite ; s'il manque à ses engagements, ce sont les signataires du traité qui agissent, ou c'est lui-même qui, concevant enfin le sens vrai de sa situation, réclame un règlement judiciaire, mais trop tard, hélas ! car il ne se résigne à cet aveu qu'après avoir tenté les plus traitres expédients et épuisé la filière des arrangements dolosifs.

La faillite est pourtant déclarée, soit sur dépôt de bilan, ce qui est très rare ¹, soit plus généralement d'office ou sur la demande des créanciers.

¹ De 1844 à 1845, les déclarations de faillite sur dépôt de bilan représentaient 59 % du nombre total des faillites déclarées ;

De 1846 à 1850, il était de 61 pour cent ;

De 1851 à 1855, — de 56 —

De 1856 à 1860, — de 58 —

De 1861 à 1865, — de 59 —

De 1866 à 1870, — de 49 —

De 1871 à 1875, — de 45 —

De 1876 à 1880, — de 41 —

En 1881, — de 36 —

En 1882, — de 38 —

En 1883, — de 39 —

Mais les créanciers ne trouvent plus qu'un actif tellement réduit, que fréquemment les opérations de la faillite sont arrêtées à bref délai par une clôture pour insuffisance d'actif¹.

Que si les ressources du failli permettent à la procédure de suivre son cours, alors commence la série de procès longs et dispendieux pour attaquer les actes frauduleux accomplis par le débiteur durant la période suspecte et rétablir l'égalité entre ses créanciers ; encore n'arrive-t-on d'ordinaire à reconstituer qu'en partie l'actif dilapidé. En tout cas, le temps s'écoule, les frais marchent et, quelquefois après plusieurs années, on aboutit à une faillite inutile comme procurant des dividendes dérisoires².

¹ Les clôtures pour insuffisance d'actif ont suivi effectivement une marche ascendante : de 25 % en 1851, chiffre qu'elles atteignaient en 1851, elles se sont élevées à 42 % en 1882.

M. le Président du Tribunal de commerce, dans son discours prononcé le 28 janvier 1888, lors de l'installation des nouveaux juges, constatait qu'en 1887, sur 2,135 faillites terminées, 1,262 avaient abouti à une clôture pour insuffisance d'actif.

² La somme moyenne touchée par les créanciers chirographaires était de 21,60 % en 1851 ; elle n'est plus, en 1881, que de 18,30 %, et elle s'élève en 1882 à 18,60 %.

Plus particulièrement :

En 1883 :

6 faillites	%	ont donné un dividende de moins de 10 % ;
40	— %	— de 10 à 25 % ;
38	— %	— de 25 à 50 % ;

et dans 346 faillites le dividende a été nul.

En 1884 :

Sur 3,598 faillites, terminées pendant l'année, 2,376 ont donné

Le concordat, celui-là judiciaire, échoue par suite du refus de créanciers irrités ou encore faute d'un actif suffisant¹ : en conséquence, le débiteur encourt toutes les sévérités de la loi, il reste soumis aux poursuites

un dividende inférieur à 25 % et, sur ce nombre, 1,123 ont donné seulement 10 %.

En 1887 :

Les 493 faillites terminées par union ont donné les dividendes ci-après :

144	de 1 à 5 pour cent.
106	de 5 à 10 —
94	de 10 à 20 —
46	de 20 à 30 —
20	de 30 à 40 —
24	de 40 à 50 —
10	de 50 à 60 —
3	de 60 à 70 —
1	de 70 à 80 —
2	de 80 à 90 —
1	de 90 à 100 —
6	100 —

(Voir *Journal officiel*, Chambre des députés, séance du 16 octobre 1888, p. 2197).

¹ La diminution du nombre des faillites terminées par concordat a été fort accentuée; en effet, de 45 % il est descendu à 12 % dans la période de 1840 à 1882. En 1884, 2,376 faillites terminées n'ont donné lieu qu'à 447 concordats.

Il faut avouer que la certitude d'un important dividende favorise grandement l'obtention des concordats. En effet, si nous prenons comme exemple le compte rendu de l'administration de la justice en France pendant l'année 1884, nous voyons que, lorsque l'actif ne s'élève pas à 25 %, il n'intervient pas un concordat sur 6 faillites déclarées; au contraire, sur les 677 faillites ayant donné des dividendes de 26 à 50 %, on constate 293 concordats, et l'on voit que les 95 faillites dont le dividende s'est élevé à 100 % ont été l'occasion de 69 concordats.

individuelles, et, manquant du crédit qui est la condition indispensable de son relèvement, il demeure condamné à l'impuissance et à l'ignominie.

Tel était le résultat de l'extrême sévérité du législateur, que l'avantage personnel du débiteur non moins que l'intérêt de ses créanciers se trouvaient compromis.

La conclusion est fort simple à déduire : « Si, comme on l'a dit très justement, une bonne loi en matière de faillite doit poursuivre un double but, c'est-à-dire « diminuer le nombre des naufrages et protéger le sauvetage »¹, — si elle doit proportionner les déchéances qu'elle édicte à la gravité des fautes commises par celui qu'elle frappe, — si, sans être d'une indulgence excessive, elle ne doit pas, par des rigueurs exagérées, effrayer le commerçant dans l'embarras, lorsqu'il est tout disposé à mettre sous la main de justice son actif pour en assurer la conservation et la distribution entre ses créanciers, — enfin si la procédure qu'elle organise doit être simple, rapide, économique, tutélaire des droits de tous, — la loi de 1838 appelait une réforme². »

¹ Lyon-Caen, *Traduction de la loi anglaise sur la faillite du 25 août 1883*, Introd., p. II.

² Bailly, *op. cit.*, p. 4.

DEUXIÈME PARTIE

LOI DU 4 MARS 1889

La réforme de 1889 a subi l'action d'une double préparation : la première, médiate et lointaine, réside dans les événements politiques qui amenèrent les décrets de 1848 et de 1870 relatifs aux concordats amiables ; la seconde, directe et prochaine, comprend les divers projets dus à l'initiative parlementaire, gouvernementale, judiciaire et privée.

Nous diviserons donc cette deuxième partie en deux sections relatives, l'une aux décrets de 1848 et de 1870, l'autre aux travaux préparatoires de la loi de 1889.

SECTION PREMIÈRE

DÉCRETS DE 1848 ET DE 1870

Dix ans après la promulgation de la loi qui avait revisé le Livre III du Code de commerce, les événements

politiques de 1848 vinrent démontrer, qu'en vertu de la solidarité qui unit les commerçants, certains d'entre eux, malgré la plus sévère prévoyance, malgré même leur état de complète solvabilité, se trouvent parfois dans la nécessité de suspendre momentanément leurs paiements. Néanmoins on ne toucha aux principes de la législation antérieure que pour y apporter des exceptions *purement transitoires* en faveur des débiteurs malheureux et de bonne foi ¹.

Le Gouvernement Provisoire, ému de la crise commerciale qui sévissait, rendit, le 19 mars 1848, un décret aux termes duquel il autorisait les tribunaux de commerce à octroyer à tout commerçant en état de suspension de paiements, sur sa requête et moyennant certaines conditions, le bénéfice d'un sursis de trois mois au plus ².

La multiplicité des catastrophes financières suggéra de nouveau à l'Assemblée Nationale l'idée d'enlever provisoirement à la cessation de paiements les effets nécessaires de la faillite : en effet, en vertu d'un décret en date du 22 août 1848, relatif aux *concordats amiables* ³, les tribunaux de commerce reçurent la faculté d'affranchir le débiteur concordataire de la qualification de failli (art. 1) ; en outre, ils purent *dispenser le débiteur de l'apposition des scellés et de l'inventaire judiciaire*, s'il avait déjà obtenu *un arrangement amiable de ses créanciers* représentant la moitié en nombre et les trois quarts en

¹ Renouard, *op. cit.*, t. I, pp. 180 et suiv.

² Dalloz, 48, 4, 53.

³ Dalloz, 48, 4, 153.

sommes : dans ce cas, le débiteur conservait l'administration de ses affaires, pour procéder à leur liquidation concurremment avec les syndics régulièrement nommés et sous la surveillance d'un juge commis par le tribunal, mais sans pouvoir créer de nouvelles dettes (art. 2).

En définitive, le commerçant, victime de circonstances imprévues, trouvait dans le décret du 22 août le moyen d'éviter la qualification de failli et les incapacités qui en découlent, moyennant la formation d'un concordat amiable avant que le tribunal n'ait ouvert une liquidation destinée à aboutir à un concordat. Il y avait là comme *une manière de liquidation judiciaire* par anticipation. Malheureusement le décret revêtait un caractère provisoire, qui lui fut maintenu en dépit d'un amendement de M. Jules Favre tendant à le transformer en loi définitive¹ : loin de là, il fut abrogé le 12 novembre 1849 par l'Assemblée Législative, qui déclara que dorénavant les dispositions du Livre III du Code de commerce sur les faillites et banqueroutes reprendraient tout leur empire.

Quoi qu'il en soit, les idées courent au-devant d'une réforme : rien ne peut en arrêter l'élan, pas même une pétition présentée en 1853 au Corps Législatif en vue

¹ La proposition Jules Favre consacrait pour la première fois, d'une manière formelle, l'introduction du principe des *concordats préventifs* dans notre législation des faillites. L'« *imprévoyance* » de la proposition déplut au Comité de législation de la Constituante qui, par l'organe de son rapporteur, M. Bravard-Veyrières, conclut au maintien de « *cet ensemble indivisible* » de la loi de 1838, « *offrant d'égales garanties aux créanciers et aux débiteurs.* » (Dalloz, *Périodique*, 1848, 4, 153.)

d'une réglementation plus sévère de la faillite¹ ; et on voit en 1869 le Comité central des Chambres syndicales mettre la question de la revision à l'étude.

Puis, le 4 septembre 1870 survient : à la guerre étrangère succède la révolution politique et sociale. En présence des nombreux désastres qu'engendre l'arrêt subit des transactions, le Gouvernement de la Défense nationale n'hésite pas à ressusciter, dans le décret du 7 septembre relatif aux *faillis concordataires*, les articles 1 et 2 du décret du 22 août 1848 en faveur des commerçants victimes de revers immérités.

La mesure ne devait pas survivre aux circonstances qui l'avaient fait naître : toutefois, avant l'expiration du délai qui en limitait l'exécution, un membre de l'Assemblée, M. Ducuing, demanda que le bénéfice accordé fût prorogé jusqu'au 31 décembre 1871, et, voyant sa proposition prise en considération le 7 avril 1871, il déclara la remplacer par un projet de loi définitif en cinq articles sur les concordats amiables². La base de ce projet consistait dans une distinction entre la faillite et l'*arrangement amiable* (art. 1). La faillite devenait le châtiment des débiteurs indignes d'intérêt. Au contraire, les débiteurs plus malheureux que coupables pouvaient empêcher la déclaration de faillite et s'affran-

¹ Le législateur suit l'opinion publique : par une loi en date du 17 juillet 1856, il crée une variété de concordat, le *concordat par abandon d'actif* (C. comm., art. 541, al. 2, 3, 4 et 5), qui revêt le double avantage de libérer le failli et de procurer à ses créanciers la garantie d'une liquidation opérée judiciairement. C'était, *indirectement* il est vrai, rétablir la Cession de biens.

² Dalloz, 71, 4, 81.

chir ainsi des incapacités légales qui y sont attachées, ils pouvaient éviter même la désignation du syndic, la nomination d'un juge-commissaire et l'apposition des scellés, à la condition de présenter auparavant une sorte de concordat, un *arrangement amiable*, consenti par la moitié en nombre de leurs créanciers représentant les deux tiers en sommes, constaté par procès-verbal dûment signé, accompagné d'un inventaire de l'actif et du passif, et homologué par le tribunal de commerce (art. 2) ; ils conservaient l'administration de leurs affaires et ils procédaient eux-mêmes à leur liquidation avec le concours d'une commission nommée par les créanciers (art. 3) ; le paiement du dividende stipulé dans l'arrangement faisait considérer la suspension des paiements comme rétroactivement anéantie.

Le projet Ducuing se séparait du décret de 1848 aux trois points de vue suivants : il se contente d'une majorité des deux tiers en sommes, au lieu des trois quarts ; il substitue au syndic et au juge-commissaire une commission de créanciers ; enfin, il organise la réhabilitation du débiteur qui a soldé à ses créanciers le montant de son passif fixé à l'inventaire (art. 4).

L'urgence fut votée. La Commission chargée d'examiner le projet reconnut son utilité ¹, mais elle en fit ajourner la discussion, eu égard au temps que nécessitait un remaniement du régime des faillites.

Le décret du 7 septembre 1870 fut simplement confirmé par une loi de l'Assemblée Législative en date du

¹ Voir Rapport de M. Mathieu-Bodet, déposé le 17 avril 1871 (séance du 17 avril 1871, *Journal officiel* du 26, p. 771.)

22 avril 1871¹. D'autres prorogations de délai suivirent, accordées par les lois du 9 septembre² et du 19 décembre de la même année³.

A la suite d'une enquête faite auprès des chambres et des tribunaux de commerce, le projet Ducuing fut sévèrement jugé dans un rapport définitif, déposé au nom de la Commission par M. Le Royer le 13 mai 1872⁴. Aux yeux du Rapporteur, la proposition porte atteinte au principe sur lequel repose la déclaration de faillite : nécessité de maintenir l'exécution rigoureuse des engagements commerciaux ; — elle supprime le dessaisissement, pourtant si nécessaire, en confiant au débiteur l'administration de ses affaires, et elle substitue à l'instruction prescrite pour vérifier sa situation un arrangement dépourvu des garanties destinées à constater la sincérité de l'inventaire et du bilan ; — enfin elle force, en cas d'homologation, la minorité des créanciers à suivre la loi de la majorité, si bien que le concordat qu'elle préconise constitue moins un concordat amiable qu'un concordat forcé avant faillite⁵.

¹ D. P., 71, 4, 51.

² D. P., 71, 4, 158.

³ D. P., 71, 4, 167. Il convient cependant de noter ici que le législateur, reconnaissant l'utilité de transformer les articles 450 et 550 du Code de commerce, vota la loi du 12 février 1872, qui réglait la situation du propriétaire des lieux loués par le failli.

⁴ *Journal officiel* du 5 juin 1872, p. 3768, annexe n° 1142.

⁵ Sans doute l'expression de « *concordats amiables* » n'est pas heureuse ; mais le reproche du rapporteur n'est pas non plus très exact : car si, comme il le dit, le projet Ducuing consacre « l'abus de la force contre l'infériorité numérique du droit » parce qu'il permet à la majorité des créanciers d'imposer sa

En conséquence, M. Le Royer conclut au rejet de la proposition.

M. Ducuing retira lui-même son projet de loi¹.

SECTION II

TRAVAUX PRÉPARATOIRES DE LA LOI DU 4 MARS 1889

Ce fut une erreur de considérer les décrets de 1848 et de 1870 comme des mesures commandées par le jeu de circonstances exceptionnelles. Les guerres entre peuples ou citoyens étaient passées ; et pourtant, la crise industrielle se poursuivait plus terrible que jamais : de 1870 à 1880, chaque année le nombre des faillites augmente et le *quantum* des dividendes diminue, chaque année également le chiffre des faillites closes pour insuffisance d'actif s'élève, tandis que le nombre des faillites

volonté à la minorité dissidente, il faut alors, au nom de l'inviolabilité des droits individuels des créanciers, condamner strictement le système adopté par le Code de commerce en ce qui concerne le concordat intervenant après la déclaration de faillite. (E. Dramard, *Du Concordat amiable*, *Revue critique*, nouv. série, t. III, p. 318.)

¹ Le projet Ducuing subissait ainsi, en 1872, le même sort que le projet Jules Favre en 1848, avec des nuances toutefois dans le rejet ; car, tandis que M. Bravard-Veyrières s'était attaqué à l'insuffisance de la proposition, c'était le principe même des concordats amiables que repoussait M. Le Royer.

déclarées après dépôt de bilan s'abaisse¹. La cause de la crise qui sévissait était ailleurs.

La vérité est que la crise économique, que nous subissons encore de nos jours, tient bien moins d'un événement qui passe, que de la révolution qui s'est opérée dans notre système commercial, et voilà comment, inhérente au jeu même des lois du commerce, elle demeure à l'état permanent.

Les grandes découvertes qui resteront la gloire scientifique de notre siècle, telles que la navigation à vapeur et les chemins de fer, le télégraphe et le téléphone, etc., ont en effet produit un double résultat : elles ont supprimé les distances par le rapprochement des êtres ou par la manifestation plus rapide de leurs volontés, et elles ont développé cette soif insatiable de la spéculation qui fait que tout le monde entreprend et négocie, parce que tout le monde tente de gagner. Par contre, si les transactions sont devenues plus nombreuses et plus rapides, les aléas ont augmenté dans une proportion telle qu'il n'est pas rare de voir pauvre aujourd'hui celui qui chiffrait hier encore sa fortune par millions. Sans parler de la concurrence étrangère qui envahit nos centres commerciaux et de ces ruptures de traités qui ferment brusquement des débouchés à l'étranger, l'individu se trouve à la merci des banques et des sociétés financières, le petit commerce succombe devant les progrès des grands magasins et la puissance des grandes compagnies commerciales, le patron perd ses commandes à la suite de grèves, l'industriel est ruiné par l'outil-

¹ V^e Rapport de M. Courcelle-Seneuil, p. 24.

lage plus perfectionné de son voisin, les industries se déplacent, et tout le monde souffre des lenteurs de la circulation monétaire. Tels sont les principaux phénomènes venant déranger, d'une façon moins accidentelle que normale, le fonctionnement régulier des rouages industriels et enlever à la prudence et à l'honnêteté le succès qui en devait être la récompense.

Dans ces conditions, la loi de 1838 pouvait être maintenue contre le fripon qui abuse de conventions multiples et rapides pour duper la bonne foi d'autrui ; mais elle appelait une réforme définitive en faveur du débiteur malheureux et de bonne foi, victime d'un événement imprévu qui l'a obligé à suspendre ou même à cesser ses paiements.

La grosse difficulté de la réforme consistait à trouver la solution la plus propre à donner satisfaction aux sentiments d'humanité et à sauvegarder en même temps les intérêts complexes qui sont engagés dans un désastre : c'est pourquoi peu de lois ont subi, comme la loi de 1889, l'épreuve de propositions aussi nombreuses et compliquées.

Pour plus de clarté, nous diviserons notre seconde Section en trois périodes correspondant aux deuxième, troisième et quatrième Législatures de la Chambre des députés, puis nous mettrons en paragraphes l'étude des projets qui ont été émis dans chacune de ces périodes.

A. — PREMIÈRE PÉRIODE

Des élections du 14 octobre 1877 aux élections du 21 août 1881.

(*Deuxième Législature*¹).

Dans cette première période nous rencontrons : la proposition Desseaux, Dautresme et Richard Waddington, — les résolutions proposées par le « Comité Laplace », — et la proposition Saint-Martin.

§ 1^{er}. — Proposition Desseaux, Dautresme et Richard Waddington.

Il se produisit vers l'année 1878, dans certains grands centres, mais surtout à Paris, sur l'impulsion des Chambres syndicales, un mouvement économique, non plus en vue de l'institution des concordats amiables, mais vers un remaniement *complet* de la législation commerciale².

¹ La Chambre des députés a été élue pour la première fois le 20 février 1876 : elle fut dissoute après le 16 mai 1877.

² La revision des faillites préoccupait toute l'Europe. Ainsi, le Congrès international du commerce et de l'industrie, qui tint ses séances du 24 au 31 août 1878 à Paris, émit le vœu que des conventions internationales assignent à la faillite *l'unité de siège et l'universalité dans ses effets*, et cela pour étendre le crédit des

C'est en effet à l'année 1878 que remonte la formation du *Comité Laplacette* (du nom de son président), qui prit la dénomination de « *Comité de réforme de la loi des faillites*. » Exclusivement composé de négociants parisiens, ce comité d'action adressa aux chambres de commerce et aux chambres syndicales de France, voire même aux tribunaux de commerce, un questionnaire contenant cent trente-trois propositions et tendant à une réforme entière de la législation des faillites : il lança en même temps des réunions et des enquêtes dans tous les grands centres industriels.

MM. Desseaux, Dautresme et Richard Waddington jugèrent prudent, pour prévenir l'entraînement de l'opinion publique, de déposer au plus vite sur le bureau de la Chambre des députés un projet relatif aux concordats amiables : dans la séance du 3 avril 1879, ils présentèrent donc une proposition de loi, en seize articles cette fois, tendant à l'organisation des « *concordats amiables ou liquidations volontaires* ¹. » Le mécanisme, le voici :

« Sur la demande du débiteur, les créanciers sont

négociants et restreindre les risques et les pertes de temps qu'ils encourent. (Cf. G. Carle, professeur à l'Université de Turin, « *De la faillite dans le droit international privé*. » Trad. Dubois, 1875).

En 1880, le Congrès international réuni à Bruxelles admit, conformément aux idées préconisées deux ans auparavant, l'utilité d'un Code de commerce international pour régler « *les conflits de législation qui peuvent s'élever à la suite de cessation de paiements constatée*. »

¹ Chambre, *Journal officiel* du 17 mai 1879, annexe n° 1343. De même que pour la proposition Ducuing, le terme de « *concordats préventifs* » convient mieux à la proposition Desseaux que celui

appelés à se réunir dans une des salles du prétoire, sous la surveillance d'un juge désigné à cet effet ; un liquidateur nommé d'office assiste le commerçant pour la rédaction du bilan (art. 1 et 2).

« Le débiteur n'est pas immédiatement dessaisi de l'administration de ses biens ; mais son droit de disposer est renfermé dans d'étroites limites (art. 3).

« Les créanciers convoqués désignent deux d'entre eux pour contrôler la situation du commerçant. Les titres des créanciers sont vérifiés dans un bref délai (art. 6).

« Huit jours après, les créanciers sont convoqués de nouveau pour se prononcer sur les propositions du débiteur (art. 7).

« Ici se présente une modification au droit actuel ; le projet, en maintenant la majorité en nombre, propose de la réduire en sommes aux deux tiers au lieu des trois quarts. Cette innovation, empruntée à la législation anglaise, a pour but d'obvier à un abus qui se produit assez souvent dans les faillites d'une importance modique, où le refus d'un ou de plusieurs créanciers suffit pour empêcher la conclusion d'un arrangement accepté par tous les intéressés. Si, dans cette réunion, il n'est pas intervenu de traité, une dernière réunion est provoquée à bref délai (art. 8).

« Dans les trois jours, le concordat, s'il est consenti,

de « *concordats amiables*, » car, ici encore, au cas d'homologation, la minorité des créanciers se trouve contrainte de suivre la loi de la majorité. (Voir le Rapport de M. Courcelle-Seneuil, rapporteur du projet de loi élaboré par le Conseil d'État.)

est soumis au tribunal, qui statue sur le rapport du juge-commissaire (art. 9).

« S'il y a homologation, les effets en sont déterminés par l'article 10.

« Dans le cas où les créanciers n'auraient pas accepté les propositions de leur débiteur, l'article 11 laisse au tribunal la faculté d'apprécier la situation du commerçant, les causes de la suspension des paiements, et de déclarer ou la faillite ou la liquidation, en affranchissant le débiteur de la qualification de failli.

« L'exécution de la loi est assurée par une double sanction :

« 1° La nullité de tous les arrangements souscrits en dehors des formalités prescrites (art. 12) ;

« 2° L'action en nullité ouverte aux intéressés par tous les cas de fraude.

« L'article 14 réglemeute les cas et la forme dans lesquels les jugements rendus pourraient être attaqués, et l'article 15, la communication des documents déposés au greffe du tribunal de commerce¹. »

§ 2. — Résolutions proposées par le Comité Laplacette.

Pendant ce temps-là, la Commission, nommée par le Comité Laplacette pour élaborer les « *cahiers de la réforme des faillites* », avait collationné les réponses qu'elle avait reçues à son questionnaire : le 4 dé-

¹ Ce résumé est tiré de l'Exposé des motifs de la proposition même.

cembre 1879, elle fit son rapport au Comité réuni en assemblée plénière, lequel proposa, dans une réunion publique tenue le 21 du même mois, les résolutions suivantes :

« 1. — La déclaration de faillite est remplacée par la déclaration de cessation de paiements.

Dans toute cessation de paiements, l'assemblée des créanciers est souveraine soit pour accorder ou refuser le sursis ou le concordat, soit pour statuer sur toutes opérations, soit enfin pour nommer tous commissaires ou liquidateurs, en tel nombre et dans telle catégorie qu'elle le juge convenable.

« 2. — La cessation de paiements ne peut être déclarée d'office par le tribunal ; la publication du jugement qui la déclare n'est ordonnée que dans les cas où le débiteur n'offre pas les moyens d'établir la liste de ses créanciers.

« 3. — Le jugement déclaratif de cessation de paiements nomme un séquestre provisoire pour gérer jusqu'à la convocation de la première assemblée de créanciers, qui doit avoir lieu dans la quinzaine. Ce séquestre n'est nommé qu'en cas de désertion du fonds par le débiteur, ou lorsque celui-ci se trouve dans l'un des cas de banqueroute. Dans les autres cas, le débiteur conserve, sous certaines garanties, la garde de ses biens.

« 4. — Pour la rapidité des opérations et convocations, les créanciers éliront domicile ou choisiront un mandataire au lieu où siège le tribunal ; faute de ce faire, ils sont censés avoir élu domicile au greffe pour toutes notifications.

« 5. — Les notifications aux créanciers sont faites

par lettres chargées, par la voie du greffe ; les jugements relatifs à la cessation de paiements sont aussi signifiés par extrait en cette forme. Mais des tableaux et des registres spéciaux, communicables à toutes personnes, seront tenus au greffe, pour rendre compte tant de l'état des opérations que de l'état de chaque créance.

« 6. — Les délais de procédure sont abrégés et les délais de distance supprimés. Les contestations auxquelles peuvent donner lieu les délibérations des assemblées, l'homologation de ces délibérations ou la vérification des créances sont jugées à la première audience qui suit l'assemblée, sans citation préalable, d'urgence et toutes affaires cessantes.

« 7. — Le débiteur n'est libéré que par le paiement intégral de sa dette ; mais, même si ses biens sont liquidés, à défaut de sursis ou de concordat, il reste insaisissable pour le reliquat de sa dette, jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour ses besoins et ceux de sa famille.

« 8. — Dans le cas où le débiteur aurait, au moyen de prélèvements faits sur son actif, constitué en sa faveur un titre d'assurance, ce titre ne sera valable que dans les termes indiqués par la résolution précédente, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la somme nécessaire à ses besoins et à ceux de sa famille.

« 9. — L'assemblée des créanciers peut accorder soit un simple sursis, pour une année au plus, sous la surveillance de commissaires, au débiteur malheureux mais de bonne foi, soit un concordat, avec ou sans caution, sous l'obligation de payer par annuités l'intégralité de sa dette.

« 10. — Le concordat peut être consenti par substitution, lorsqu'un tiers offre de reprendre le fonds en acquittant la dette.

« Un concordat peut être consenti même après un premier refus et jusqu'au paiement intégral.

« Le concordat ne valant pas quittance, le débiteur reste soumis à la surveillance de commissaires.

« 11. — Le sursis ou le concordat n'est accordé que par la majorité en nombre des créanciers, réunissant les deux tiers en sommes.

« 12. — Le débiteur soumis à la liquidation forcée cessera d'être exposé aux poursuites individuelles de chaque créancier ; les droits de la masse continueront d'être exercés par le liquidateur.

« 13. — La femme du débiteur ne pourra exercer ses reprises que sous la justification authentique de l'emploi ou du remploi de ses biens propres.

« 14. — La femme, même séparée de biens, pourra être poursuivie pour les dettes de son mari, si elle ne justifie pas, par acte authentique, que les biens en sa possession lui sont propres ou ont été affectés comme tels.

« 15. — Les créanciers étrangers seront traités, par une loi de réciprocité, de la même manière que les créanciers français sont traités dans leur propre pays, de telle sorte que ceux dont la loi n'admet les créanciers français qu'après le paiement intégral de leurs compatriotes seront traités de la même manière en France.

« 16. — Les débiteurs non commerçants en état de déconfiture seront soumis, quant à la liquidation de leurs biens, aux formes abrégées de la procédure de faillite ; ils seront admis au bénéfice du sursis.

« 17. — La simple déclaration de cessation de paiements n'entraînera aucune déchéance des droits civils et politiques, pour le débiteur en état de cessation de paiements qui n'aura pas été condamné comme banqueroutier. »

§ 3. — Proposition Saint-Martin.

Malgré l'influence qu'exerçait sur les esprits le Comité Laplacette, le 28 février 1880 fut déposé à la Chambre un rapport de M. Rubillard, concluant à la prise en considération du projet Desseaux : ce projet était certainement supérieur à tous ceux qui avaient été jadis émis sur les concordats amiables ; mais, comme le Rapporteur s'était montré plein de réserves à l'endroit de certaines innovations qu'il comportait, il ne fut même pas renvoyé à une Commission spéciale ¹.

M. Saint-Martin (Vaucluse) et un grand nombre de ses collègues profitèrent de la circonstance pour déposer sur le bureau de la Chambre, le 15 juin 1880, un projet de loi tendant à une refonte générale de la législation des faillites ² : mais cette proposition, malgré l'appui d'un rapport favorable déposé par M. Buyat le 25 juin 1881 ³, ne put venir en discussion par suite de l'expiration des pouvoirs de la Législature.

¹ Chambre, *Journal officiel*, annexe à la séance du 28 février 1880, n° 2846.

Journal officiel du 16 juin 1880, Déb. parl., p. 6548; Exposé des motifs, *Journal officiel* du 5 juillet 1880, p. 7610, annexe n° 2747; pp. 7662 et 7720.

Journal officiel du 26 juin 1881, p. 1369; Exposé, *Journal officiel* de juillet 1881, p. 1167, annexe n° 3796.

B. — DEUXIÈME PÉRIODE

Des élections du 21 août 1881 aux élections
des 4 et 18 octobre 1885.

(*Troisième Législature*)

Cette deuxième période comprend :

Une nouvelle proposition Saint-Martin ;

Une nouvelle proposition Waddington et Dautresme ;

Le projet du Gouvernement ;

Le projet de la Commission parlementaire nommée
en 1882 ;

L'enquête gouvernementale et en particulier le contre-
projet de la Cour de cassation ;

Enfin le contre-projet de M. Maxime Lecomte.

§ 1^{er}. — **Nouvelle proposition Saint-Martin.**

M. Saint-Martin et trente-sept de ses collègues présentèrent derechef, le 15 novembre 1881, un projet de loi relatif « *à la réforme de la loi sur les faillites*¹ » : calqué sur celui du 15 juin 1880, il contenait, en deux cent soixante-trois articles, la revision complète de la

¹ *Journal officiel* du 16 nov. 1881, D. P., p. 2036 ; Exposé des motifs, *Journal officiel*, Doc. Parl., numéro du 3 décembre 1881, p. 1811, annexe n° 84.

législation commerciale de 1838. En voici les traits généraux et les plus saillants :

La faillite est complètement supprimée : elle est remplacée par un régime qualifié de « *cessation de paiements* », applicable au non commerçant comme au commerçant et non susceptible d'être prononcé d'office par le tribunal (art. 1 et 2).

En principe, le débiteur conserve l'administration de ses biens jusqu'à la première assemblée des créanciers, à moins que le tribunal ne juge nécessaire de nommer un séquestre provisoire (art. 14). Suivant l'un ou l'autre cas, le débiteur ou le séquestre procède à l'inventaire, sans qu'il y ait eu lieu à apposition de scellés (art. 42) : il remet au greffe du tribunal la liste des créanciers et dresse le bilan.

Prévenus par le greffier (art. 61), les créanciers doivent produire leurs titres au plus tard et sauf exceptions (art. 64 et 65) avant la deuxième assemblée.

Dans la quinzaine à partir du jugement déclaratif se tient la première assemblée des créanciers, sous la présidence du juge-commissaire et aux jour et lieu indiqués par lui (art. 70). Le débiteur y assiste en personne (art. 71), et, s'il a été maintenu dans l'administration de ses biens, il fait à l'assemblée un rapport sur la cessation de paiements et ses résultats possibles : autrement, le rapport est fait par le séquestre. La « *liquidation forcée* » (l'union, en d'autres termes) peut alors être conjurée par une demande à fin d'obtenir un « *sursis de paiements* » ou bien un « *concordat (d'atermolement ?)* » (art. 75 et 76).

Dans les trois jours qui suivent cette première assemblée, le débiteur dépose au greffe du tribunal ses propositions de sursis ou de concordat (art. 108).

Dans la quinzaine qui suit la première assemblée, les créanciers se réunissent une deuxième fois (art. 100), pour vérifier les créances (art. 106 et suiv.) et statuer sur les propositions de sursis ou de concordat, dont l'acceptation est soumise à la majorité en nombre représentant les deux tiers en sommes (art. 109).

De deux choses l'une : ou bien le débiteur obtient la faveur qu'il a sollicitée et alors il reprend l'administration de ses biens s'il ne l'a pas conservée jusque-là (art. 114), mais sous la surveillance de commissaires (art. 123 et 144) dont l'autorisation lui est nécessaire pour aliéner, hypothéquer, etc. ; — ou bien le débiteur se heurte à un refus de la part de ses créanciers : dans ce cas il est placé en état de « *liquidation forcée* », son actif est réalisé par des liquidateurs et le produit est réparti entre les créanciers à peu près selon les règles admises par la loi de 1838 en matière d'union (art. 160 à 199).

D'ailleurs, de quelque manière que la cessation de paiements se termine et que l'excusabilité soit ou non prononcée, nulle incapacité civique n'atteint le débiteur en dehors des déchéances résultant des condamnations pour banqueroute : certaines dispositions pénales disparaissent même, par exemple celles qui sanctionnaient le manque de dépôt de bilan dans les trois jours et l'irrégularité des livres¹.

¹ Des dispositions du nouveau projet Saint-Martin il convient de rapprocher certaines réformes, proposées quelque peu aupa-

Cette procédure tolérante avait pour défaut capital de ne connaître aucune nuance intermédiaire entre l'innocence complète et le crime ou le délit, puisque le débiteur de mauvaise foi n'avait plus rien à craindre des rigueurs de la faillite.

De plus, c'était un système en vérité bien compris ! Deux voies s'ouvrent au débiteur : le sursis et le concordat. L'une est soumise aux conditions les plus sévères et le *délai* qu'elle octroie *pour désintéresser tous les créanciers en principal et intérêts* ne doit pas excéder une année à compter du jugement déclaratif ; l'autre, moins difficile à obtenir, procure au débiteur un *répit*, un *aterrmoisement* de dix années *pour se libérer*, par termes avec ou sans caution, *en capital, intérêts et frais* (art. 137), car il y a *nullité du concordat stipulant au profit du débiteur remise d'une partie de sa dette, ou un abandon d'actif avec ou sans obligation de payer certains dividendes sur les biens à venir, moyennant libération du surplus de la dette* (art. 136). Le débiteur reçoit donc de la même loi le bénéfice de deux ressources qui, sous des noms différents, doivent le conduire à un résultat identique : à des délais (jamais à des remises partielles), pour désintéresser intégralement ses créanciers ! Il n'en faut pas davantage pour juger une loi¹.

Malgré son incohérence, le Code complet de la cessa-

ravant par M. l'avocat général Gariel dans son discours de rentrée devant la Cour d'appel d'Alger (*Journal des Faillites*, 1882, pp. 53 et suiv.).

¹ Voir les critiques adressées au projet Saint-Martin par la sous-commission chargée de préparer le texte du projet qui fut présenté, au nom de la Commission parlementaire, le 16 février 1884.

tion de paiements fit pourtant l'objet d'un rapport sommaire de la première Commission d'initiative le 23 février 1882 : ce rapport concluait à la prise en considération ¹.

§ 2. — Nouvelle proposition Waddington et Dautresme.

La proposition de M. Saint-Martin devait fatalement réitérer la lutte entre revision complète de la matière des faillites et concordats amiables.

En effet, MM. Waddington et Dautresme déposèrent à leur tour, le 28 février 1882, une proposition de loi, reproduisant en dix-sept articles celle qu'ils avaient déposée déjà, le 3 avril 1879, sur les « *concordats amiables ou liquidations volontaires* ². »

Aux termes de ce projet, les dispositions du Code de commerce relatives à la faillite étaient maintenues. Seulement le débiteur, commerçant ou non, qui ne pouvait pas faire face à ses paiements, avait la faculté de se mettre en liquidation avec l'autorisation du tribunal de commerce : il administrait lui-même ses affaires avec le concours d'un liquidateur. — Les délais de vérification et d'affirmation étaient simplifiés. — Si, dans la deuxième assemblée des créanciers, le concordat pro-

¹ Chambre, annexe à la séance du 23 février 1882, n° 433.

² *Journal officiel* du 1^{er} mars 1882, D. P., p. 191; Exposé des motifs, Ch., Doc. parl., *Journal officiel* du 11 mars 1882, p. 465, annexe n° 492.

posé par le débiteur n'était pas adopté, une troisième assemblée avait lieu huit jours après. — Le concordat, une fois adopté, devait être homologué par le tribunal, qui déclarait alors la liquidation terminée et remettait le débiteur à la tête de ses affaires. Toutefois, si le traité consistait dans l'abandon d'un actif à réaliser, le tribunal maintenait le liquidateur ou en nommait un nouveau ; cette nouvelle liquidation devait être terminée dans les six mois. — Que si, au contraire, les propositions du débiteur avaient été rejetées, le tribunal pouvait cependant l'affranchir de la qualification de failli et la liquidation des biens avait lieu conformément aux règles du Code de commerce.

La Chambre renvoya à la Commission d'initiative le texte de la nouvelle proposition.

§ 3. — **Projet du Gouvernement.**

La séance du 2 mars 1882 comportait la prise en considération de la proposition Saint-Martin. M. Humbert, garde des sceaux, jugeant nécessaire l'intervention du Gouvernement dans une question laissée jusqu'ici à l'initiative parlementaire, demanda que l'on saisisse le Conseil d'État : à cet effet, il obtint un ajournement à deux mois, et l'affaire fut renvoyée au Conseil d'État avec prière de préparer à son tour un projet de loi.

A l'expiration des deux mois d'ajournement, le 15 mai, la Chambre, sur l'avis conforme de la Commis-

sion d'initiative, prit en considération la proposition Saint-Martin.

Pendant ce temps-là s'élaborait le projet du Gouvernement. En effet, le 7 juin, le projet préparé par la Section de Législation était distribué au Conseil d'État qui, sur un rapport de M. Courcelle-Seneuil, l'étudiait d'une manière approfondie dans ses séances des 15, 21, 22 et 28 juin.

C'est alors que le Gouvernement, par l'organe du Garde des sceaux, saisit la Chambre, le 27 juillet 1882, d'un projet en cent quatre-vingt-sept articles qui reproduisait, sans aucun changement, le texte adopté par le Conseil d'État¹.

Le projet du Gouvernement, relatif « *aux suspensions de paiements, faillites et banqueroutes* », contenait une refonte générale du Livre III du Code de commerce : en cela il rappelait la proposition Saint-Martin ; mais, à la différence de cette dernière, il maintenait la faillite. En voici les lignes principales :

Au début des opérations, le Tribunal n'a pas encore tous les éléments réunis pour apprécier l'état du débiteur ; c'est pourquoi, y eut-il en fait la faillite, il n'y a en droit qu'une « *suspension de paiements* », laquelle, contrairement au projet Saint-Martin, peut être prononcée d'office par le Tribunal. On suspend donc la qualification de « *faillite* », et ce n'est qu'après que les opé-

¹ *Journal officiel* du 28 juillet 1882, D. P., p. 1464 ; Exposé des motifs, *Journal officiel*, Doc. parl. de nov. 1882, p. 2295.

rations de la suspension de paiements ont abouti soit au concordat, soit à l'union, soit à la clôture pour cause d'insuffisance d'actif, que les créanciers sont consultés sur le point de savoir si le débiteur doit ou non être déclaré failli (art. 575 et 576).

L'avis est donné par *oui* ou par *non*, au scrutin secret, à la majorité des créanciers présents (art. 577).

Sur le vu du procès-verbal, après avoir entendu en chambre du conseil le rapport écrit du juge-commissaire et le débiteur en ses dires, le Tribunal rend en audience publique un jugement qui déclare que le débiteur *n'a pas manqué à ses devoirs, ou qu'il y a manqué et est en faillite* (art. 578) : dans le premier cas, le débiteur se voit simplement interdire le droit de concourir, comme électeur ou comme éligible, aux élections de la Chambre de commerce, du Tribunal de commerce et du Conseil des prud'hommes ; dans le second, il est frappé de toutes les incapacités civiles et politiques édictées par la loi de 1838 (art. 580).

Quant aux faits graves, délictueux ou criminels, ils engendrent comme autrefois la banqueroute simple ou la banqueroute frauduleuse (art. 583 et suiv.).

Ce projet présentait beaucoup plus d'analogie avec le Code de commerce que la proposition Saint-Martin. A la vérité, il marquait un réel progrès sur la législation antérieure ; il comportait en outre de véritables innovations : ainsi, la suspension de paiements ne peut pas être reportée au delà d'une année antérieurement au jugement déclaratif (art. 447) ; l'art. 446 et les deux

derniers alinéas de l'art. 448 du Code de commerce relatifs aux actes passés par le failli sont supprimés comme étant trop sévères; des « *contrôleurs* » sont élus par les créanciers avec mission de surveiller la gestion des « *administrateurs* » (anciens syndics); l'affirmation des créanciers se fait par écrit (art. 482), etc... Malgré ces réformes graves, le projet du Gouvernement présentait beaucoup trop d'analogie avec le Code de commerce pour être pratique et efficace. C'était toujours, à part quelques abréviations de formes et de délais, la même procédure, lente et dispendieuse, que les créanciers n'emploient qu'après avoir vidé tous les moyens de se faire rembourser directement. C'était encore ce même épouvantail qui invite les débiteurs à déclarer, le plus tard possible, la cessation de leurs paiements et à chercher, dans un traité amiable, une première planche de salut. — On objecte il est vrai que, pour n'être point déclarés faillis, les débiteurs s'empresseront de réclamer un règlement judiciaire. — Pas plus que par le passé! Les incapacités qui dérivent du jugement déclaratif de faillite sont sans doute provisoirement suspendues; mais, s'il n'existe pas de déchéances immédiates, le jugement d'ouverture de la suspension de paiements produit encore le dessaisissement et tous les autres effets qui lui font cortège. Et puis, si dans la suite le débiteur est reconnu « *n'ayant pas manqué à ses devoirs* », il est récompensé par des adoucissements bien légers, au point que la différence n'est réellement pas assez accusée entre la situation qui lui est faite et celle du débiteur déclaré failli. En résumé, le nom de « *faillite* »

avait été rayé au commencement des opérations, mais l'institution était restée ¹.

Le projet présenté par le Gouvernement fut renvoyé à la Commission des faillites.

§ 4. — Projet de la Commission parlementaire nommée en 1882.

La Commission parlementaire entendit, dans de fréquentes réunions, les autorités de Paris les plus capables d'éclairer ses recherches, par exemple le président et les membres du « *Comité de réforme de la loi des faillites* », les délégués de l'Union nationale du commerce et de l'industrie, les délégués du Comité central des Chambres syndicales, etc.... : puis elle s'arrêta à une proposition de loi qui réglait en cent quatre-vingt-huit articles la matière des « LIQUIDATIONS JUDICIAIRES, *faillites et banqueroutes* », et qu'elle déposa, le 16 février 1884, sur le bureau de la Chambre,

¹ Voir les critiques adressées au projet du Gouvernement par la sous-commission chargée de préparer le texte du projet qui fut présenté, au nom de la Commission parlementaire, immédiatement après.

Ajoutons que le projet conçu par le Gouvernement cadre assez avec les idées émises dans un discours de rentrée prononcé le 3 novembre 1882, devant la Cour d'Angers, par M. Gallot, substitut du Procureur général. L'auteur, sans pour cela se refuser à certaines modifications de détail au profit du débiteur malheureux et de bonne foi, repoussait énergiquement tout projet tendant à « *bouleverser* » ou même à « *refondre l'ensemble de la législation actuelle,* » dont il convient au contraire de conserver les sages dispositions (*Journal des Faillites*, 1882, pp. 626 et suiv.).

en même temps qu'un rapport de M. Alfred Laroze (Gironde) ¹.

Prenant pour base la faillite à peu près telle que l'avaient réglée les auteurs du projet présenté par le Gouvernement, la Commission introduisait une seconde procédure, la « LIQUIDATION JUDICIAIRE », *parallèle à la première, séparée l'une de l'autre dès le commencement des opérations*, et dont les dispositions étaient en partie nouvelles, en partie empruntées à la proposition Saint-Martin et principalement à la proposition Waddington. L'œuvre se résumait donc en un travail de fusion entre tous les projets qui s'étaient fait jour auparavant; en voici le court aperçu :

Le bénéfice de la Liquidation judiciaire *n'est accordé qu'au commerçant de bonne foi*, sur sa requête accompagnée d'une liste indicatrice des nom et domicile de tous les créanciers, et pourvu que son bilan ait été déposé *dans les dix jours* de la cessation de ses paiements (art. 437 et 438 du projet).

Le Tribunal de commerce *délibère en chambre du conseil* et, s'il croit à la bonne foi du débiteur, il prononce en audience publique un jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, et qui désigne, en même temps, un juge-commissaire et un liquidateur provisoire. Le liquidateur arrête et signe les livres du débiteur dans les vingt-quatre heures de sa nomination (art. 439 et 440).

¹ *Journal officiel* du 17 février 1884, D. P., p. 433; *Journal officiel*, Doc. P. de mars 1884, p. 228, annexe n° 2632.

Le jugement, *sans être publié* (à moins qu'il ne s'agisse de sociétés par actions), arrête les poursuites des créanciers et le cours des intérêts, il rend exigibles à l'égard du débiteur les dettes passives non échues, il dessaisit *d'une manière simplement partielle* le débiteur : en conséquence, le débiteur fait lui-même les divers actes nécessaires à sa liquidation, assisté du liquidateur et en outre muni de l'autorisation du juge-commissaire et de l'homologation du Tribunal suivant les cas (art. 440-445).

Le greffier convoque par lettres les créanciers à se réunir, dans un délai qui ne peut excéder quinze jours, pour examiner la situation du débiteur. Au jour indiqué, les créanciers se réunissent dans une des salles du Tribunal, ils désignent parmi eux *deux contrôleurs* chargés de vérifier, conjointement avec le liquidateur, l'état de situation présenté et signé par le débiteur. Sur le vu du procès-verbal de cette première réunion et sur le rapport du juge-commissaire, le Tribunal nomme le liquidateur définitif (art. 446).

Les contrôleurs, dont la fonction générale consiste à surveiller les actes du liquidateur, peuvent toujours prendre connaissance de l'état de la liquidation, des recettes effectuées, etc.

La vérification des créances s'opère à bref délai et dans les formes prescrites en matière de faillite (art. 447 et 448) ; toutefois, le jugement qui statue sur les contestations de créances doit être rendu, soit par le Tribunal de commerce, soit par le Tribunal civil, *dans un délai de trois semaines* à compter du jour du renvoi prononcé par le juge-commissaire (art. 448).

Puis, quinze jours après la dernière assemblée de vérification, se tient l'assemblée du concordat sous la présidence du juge-commissaire (art. 450 et 451). Le débiteur fait connaître ses propositions d'attribution ou de tout autre mode de concordat. Le liquidateur et les contrôleurs sont entendus dans leurs observations sur l'état de situation, et ils émettent leur avis sur les propositions du débiteur (art. 452). L'assemblée décide alors s'il y a lieu ou non d'accepter les propositions de concordat qui lui sont faites. Le concordat ne peut s'établir que s'il est consenti par la majorité en nombre des créanciers représentant les *deux tiers* en sommes (art. 453); il est susceptible d'opposition dans les huit jours de sa date (art. 457); il doit être homologué par le Tribunal de commerce, auprès duquel le juge-commissaire fait préalablement un rapport sur le caractère de la liquidation judiciaire et sur l'admissibilité des propositions du débiteur (art. 459).

De deux choses l'une :

Ou bien le Tribunal homologue le concordat et déclare la liquidation terminée : alors les effets du jugement d'ouverture cessent de plein droit, le débiteur est remis à la tête de ses affaires et il n'encourt d'autre incapacité que l'interdiction d'être *élu* (mais non d'être électeur) *membre du Tribunal de commerce, de la Chambre de commerce, du Conseil des prud'hommes et des Chambres consultatives des arts et manufactures* (art. 460); plus spécialement, lorsque le concordat consiste dans l'abandon d'un actif à réaliser, les créanciers sont consultés sur le maintien ou le remplacement du liquida-

teur et des contrôleurs, le Tribunal statue sur le maintien ou le remplacement du liquidateur, et *cette nouvelle liquidation doit être terminée dans un délai de six mois* (art. 462.)

Ou bien le Tribunal refuse le concordat : dans ce cas la faillite est prononcée (art. 468). — Les *syndics* prennent le nom d'*administrateurs* : ces fonctions peuvent être remplies par le liquidateur, si la faillite a été précédée de la liquidation judiciaire. — La cessation de paiements est susceptible d'être reportée à une époque même antérieure à une année, et, quant aux actes énumérés dans l'article 446 du Code de commerce, le délai de dix jours est seulement supprimé (art. 479). — Enfin, lorsque la faillite est close, les créanciers, convoqués dans une dernière assemblée générale, donnent leur avis sur l'excusabilité du failli ; puis, sur le rapport du juge-commissaire, le Tribunal de commerce déclare si le failli est excusable ou non. Au premier cas, le failli reprend l'exercice de ses droits électoraux, mais il reste inéligible d'une manière absolue ; dans le second cas, il demeure [soumis à toutes les incapacités civiles et politiques édictées contre les faillis (art. 518).

Tel fut le projet patronné par la Commission législative de 1882 : l'élucubration, pour être séduisante, n'en méritait pas moins une étude réfléchie ; aussi le Gouvernement crut sage de réclamer les lumières d'une vaste enquête : il fit bien.

§ 5. — Enquête gouvernementale. — Contre-projet de la Cour de cassation.

Durant l'année 1884, tout le monde se remue pour consulter un peu tout le monde.

D'un côté, le Ministre du commerce soumet aux Chambres de commerce et aux Chambres consultatives des arts et manufactures la réforme proposée ; le Ministre de la justice consulte la Cour de cassation, les Cours d'appel, les Tribunaux de commerce et les Tribunaux civils jugeant commercialement.

Par ailleurs, la revision des faillites fait l'objet de concours organisés par l'Académie des sciences morales et politiques et par l'Union des banquiers des départements ; on pétitionne pour ou contre la liquidation judiciaire, on lutte à coup de monographies ou d'articles de presse ; les candidats aux élections législatives vont même, l'année suivante, jusqu'à amorcer l'électeur par l'espérance de ne plus voir la faillite entraîner fatalement la privation des droits politiques !

Bref, l'enquête gouvernementale aboutit à la mise en lumière des heureux côtés de la liquidation judiciaire : des quatre cent vingt-huit mémoires qui furent dépouillés par la Commission, trois cent vingt-six approuvèrent son projet de réforme et cent deux s'y montrèrent défavorables. La majorité des Chambres consultatives des arts et manufactures, des Chambres de commerce, des Tribunaux de commerce et des Tribunaux civils jugeant commercialement conclut aux résultats avantageux de la Liquidation judiciaire, à la

différence de la majorité des Cours d'appel et de la Cour de cassation¹.

En particulier, ce qui choquait la Cour de cassation, c'était qu'on pût présumer une situation privilégiée sur la seule demande du débiteur, partant sans contrôle préalable. Pourquoi, si l'on juge à propos d'accorder la liquidation judiciaire, ne pas attendre que le concordat ait été voté et homologué? Et, dans un contre-projet destiné à supprimer, dans l'intérêt des créanciers et des tiers, les déclarations tardives de faillites, la Cour suprême maintenait la législation existante, sauf l'addition que voici à l'article 517 :

« Le Tribunal, par le même jugement qui homologuera le concordat, rapportera le jugement qui a déclaré la faillite, mais seulement sous les conditions suivantes :

- « 1° Si le débiteur est malheureux et de bonne foi;
- « 2° S'il ne se trouve dans aucun cas prévu de banqueroute frauduleuse ou simple;

¹ *Journal des Chambres de commerce*, 1885, pp. 195 et 370; Rapport de M. Laroze, en date du 16 juin 1887, 2^e partie *in fine*.

AVIS	Favorables	Défavorables
Cour de cassation.....	»	1
Cours d'appel.....	8	15
Tribunaux civils jugeant commerciale- ment.....	105	37
Tribunaux de commerce.....	136	25
Chambres de commerce.....	51	22
Chambres consultatives des arts et manu- factures.....	26	2
	326	102

« 3° S'il n'a pas été précédemment déclaré et maintenu en état de faillite ;

« 4° S'il a, dès à présent, payé 25 % au moins sur le montant des créances vérifiées, ou s'il fournit des garanties suffisantes pour acquitter, dans les délais fixés par le concordat, le paiement de 50 % au moins sur les mêmes créances.

« Le jugement, passé en force de chose jugée, aura pour effet de relever le débiteur de toutes les incapacités attachées à l'état de failli, sauf celle de ne pouvoir être nommé à aucune fonction élective.

« Les effets cessent de plein droit si, ensuite, le concordat est annulé ou révoqué, ou si le débiteur est condamné pour banqueroute frauduleuse ou simple. »

En somme, au dire du Rapporteur, « le projet de loi commence par l'ouverture d'une liquidation judiciaire et finit par une déchéance possible. La proposition de la Cour, au contraire, si elle place la faillite au début, laisse du moins entrevoir un dénouement réparateur et une conclusion honorable ¹. »

Toute la question était de savoir lequel des deux procédés est le plus pratique, le plus équitable et le moins dangereux.

Eh bien, on est obligé de reconnaître que le contre-projet de la Cour de cassation manquait de toutes ces qualités à la fois. En effet, les créanciers, que la Cour s'était proposé surtout de protéger, se trouvaient tou-

¹ Voir Rapport présenté à la Cour de cassation, le 7 juillet 1883, par M. le président Larombière, au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi de la Commission parlementaire.

jours en face des mêmes frais et des mêmes lenteurs de procédure ; on leur faisait pressentir, il est vrai, la possibilité de toucher un dividende de 25 %, mais en retour on leur laissait l'appréhension de voir le débiteur ne déclarer la cessation de ses paiements, qu'après avoir gaspillé son actif aux mains d'agents véreux ou de créanciers intolérants, en vue d'aboutir à un traité amiable. Car enfin, le débiteur avait tout à craindre, comme par le passé, des rigueurs de la loi de 1838, et notamment il était flétri dès le principe ; il recevait bien le vague espoir de bénéficier un jour d'un jugement de rétractation : mais pour cela, il lui fallait obtenir un concordat, il lui fallait encore payer 25 % à ses créanciers ou leur promettre les garanties suffisantes d'un paiement de 50 %, condition qui pouvait parfois ne pas être réalisable pour certains commerçants très honnêtes, mais fortuitement ruinés ; du reste, la rétractation eût été forcément incomplète, comme étant impuissante à faire disparaître le souvenir d'un passé stigmatisé ¹.

§ 6. — Contre-projet Maxime Lecomte.

Les difficultés, qui chaque jour venaient entraver la revision complète de la législation en vigueur, suggérèrent à M. Maxime Lecomte, député, la pensée de mettre à l'épreuve le fonctionnement de la Liquidation judiciaire ; il suffisait pour cela de maintenir la Faillite,

¹ V^e Rapport de M. Laroze, en date du 16 juin 1887.

sauf quelques modifications de détail, et d'y substituer, en un très petit nombre d'articles, la Liquidation judiciaire au profit des débiteurs malheureux et de bonne foi¹.

En conséquence, le 7 mars 1885, M. Maxime Lecomte déposa, sous forme d'amendement, une sorte de proposition additionnelle à la loi de 1838, qui rappelait la proposition présentée le 3 avril 1879 par MM. Desseaux, Dautresme et Richard Waddington.

Ce contre-projet comportait les huit articles que voici :

SECTION PREMIÈRE

DES LIQUIDATIONS JUDICIAIRES

« *Article premier.* — Le commerçant qui, dans les trois jours de la cessation de ses paiements, dépose son bilan, peut présenter au Tribunal de commerce les bases d'un arrangement avec ses créanciers et demander à être admis au bénéfice de la liquidation judiciaire.

En ce cas le Tribunal pourra, sur le rapport d'un juge commis par ordonnance du président au bas du bilan, ordonner que la convocation des créanciers sera faite sur-le-champ, au moyen de lettres chargées envoyées par le greffier, et fixer, eu égard aux distances, les lieu, jour et heure de la réunion des créanciers.

Le jugement portera les dispositions ordinaires du

¹ C'est l'idée qui prévalut plus tard, en 1888.

jugement déclaratif de la faillite, mais réservera la question de la qualification de la cessation des paiements et dispensera du dépôt de la personne du débiteur dans la maison d'arrêt.

La déclaration, l'affirmation, la vérification et, s'il y a lieu, l'admission des créances pourront être faites dans une même séance.

Art. 2. — L'acceptation de l'arrangement proposé par le débiteur ne sera valable que par le concours des trois quarts des créanciers portés au bilan vérifié et représentant par leurs titres de créances admises les trois quarts des sommes dues d'après le bilan.

Si dans l'assemblée des créanciers convoquée à cet effet il n'est pas intervenu de traité, une deuxième et dernière réunion, à laquelle les créanciers seront appelés par lettres chargées, aura lieu dans la quinzaine.

A défaut du concours des majorités prévues par le présent article, le tribunal prononcera la faillite et renverra à l'époque ordinaire la convocation pour le concordat.

Art. 3. — Si l'arrangement est accepté par les créanciers, le tribunal en donnera acte au débiteur et prononcera l'état provisoire de liquidation judiciaire.

Ladite liquidation se fera par les soins du débiteur, avec le concours des syndics, et chaque mois un état de situation sera remis au juge-commissaire.

Art. 4. — Les articles 520 à 526 du Code de commerce, relatifs à l'annulation et à la résolution du concordat, sont applicables à la liquidation judiciaire.

Il y a lieu à annulation au cas de banqueroute simple, comme au cas de banqueroute frauduleuse.

Art. 5. — Lorsque l'arrangement aura été complètement exécuté, le débiteur se pourvoira par requête devant le tribunal pour faire déclarer la liquidation judiciaire terminée et dire qu'il sera remis à la tête de ses affaires, dans les termes des articles 516 et suivants du Code de commerce.

La requête sera publiée dans la forme prévue pour les jugements déclaratifs de faillite. Le tribunal ne pourra prononcer son jugement que sur le rapport du juge-commissaire et quinze jours après la publication de la requête.

Tout créancier aura le droit de former opposition à l'obtention du jugement déclarant la clôture de la liquidation. Il devra le faire par exploit signifié au débiteur au plus tard dans les dix jours qui suivront la publication de la requête.

Art. 6. — A toute époque, si le débiteur admis au bénéfice de la liquidation judiciaire justifie qu'il a payé toutes ses dettes en principal, intérêts et frais, il n'encourra aucune des incapacités prévues par l'article 8.

Il se pourvoira à cet effet par voie de requête, suivant les dispositions de l'article précédent.

Art. 7. — (Comme l'article 3 du texte de la Commission.)

SECTION II

DES INCAPACITÉS EN MATIÈRE DE FAILLITE ET DE LIQUIDATION JUDICIAIRE

Art. 8. — Le failli non réhabilité, ou le débiteur qui a été admis au bénéfice de la liquidation judiciaire et qui n'a pas justifié avoir intégralement payé ses dettes, conformément à l'article 6, ne pourra être ni électeur ni éligible pour la formation des Tribunaux de commerce, des Chambres de commerce, des Chambres consultatives des arts et manufactures et des Conseils de prud'hommes ; il ne pourra représenter les parties devant le Tribunal de commerce ; l'entrée de la Bourse lui sera interdite.

Les autres déchéances édictées par les lois antérieures ne frapperont que l'individu condamné comme banqueroutier. »

Mais la fin de la troisième Législature survint, empêchant la discussion de s'ouvrir sur le projet de la Commission parlementaire.

C. — TROISIÈME PÉRIODE

Des élections des 4 et 18 octobre 1885 aux élections
du 22 septembre et du 6 octobre 1889.

(Quatrième Législature).

Cette troisième période comprend :

La proposition Laroze ;

La proposition Pally ;

Le premier projet de la Commission parlementaire
nommée en 1886 ;

La proposition Millerand et l'amendement Maxime
Lecômte ;

Le second projet de la Commission parlementaire,
lequel devint la Loi du 4 mars 1889.

§ 1^{er}. — Proposition Laroze.

La réforme qui n'avait pu aboutir pendant la Législature dernière devait fatalement être représentée après les élections de 1885.

En effet, à la séance de la Chambre du 25 février 1886, M. Laroze et quelques-uns de ses collègues reprirent

en leur nom le projet de la Commission de 1882, sans y apporter le moindre changement ¹.

Après déclaration d'urgence, le projet fut remis à une Commission spéciale, qui désigna pour rapporteur M. Laroze lui-même.

§ 2. — Proposition Pally.

Pendant que la Commission législative se livrait à un sérieux examen de tous les travaux qui avaient été entrepris jusque-là, M. Pally (Bouches-du-Rhône) éprouvait le besoin de présenter, dans la séance du 11 décembre 1886, une proposition tendant à une réforme radicale de la législation des faillites ².

N'en déplaise à l'honorable député, qui taxait de..... *timidité* tous les précédents réformateurs, sa proposition se rapprochait du projet de loi Saint-Martin, déposé le 15 novembre 1881.

Il est de fait que l'article 1^{er} en est des plus hardis : « *Le Livre III du Code de commerce est abrogé.* » Dès lors, au régime de la faillite se trouve substitué un contrat dit d'*atermoiement*, passé entre le débiteur et ses créanciers. Mais, à supposer que le contrat d'*atermoiement* n'ait pu se former ou qu'il n'ait pas été homologué par le tribunal, « *créanciers. et débiteurs reprennent le libre*

¹ *Journal officiel* du 26 février 1886, D. P., p. 303; Exposé des motifs, *Journal officiel*, Doc. parl. de sept. 1886, p. 1114.

² *Journal officiel* du 13 déc. 1886, D. P., p. 2141; Exposé des motifs, *Journal officiel*, Doc. parl. de mai 1887, p. 1232, annexe n° 1369.

exercice de leurs droits et les dettes passives demeurent échues » (art. 30 de la proposition) ; si bien que les créanciers les plus diligents se feront payer et qu'il ne restera plus rien pour les autres !

La vérité est que M. Pally, dans cette dernière hypothèse, avait omis de prescrire un règlement pour réaliser les biens du débiteur et pour en répartir le prix entre ses créanciers ; d'un autre côté, s'il tenait avec une certaine raison à supprimer la faillite en faveur du débiteur non coupable, il aurait dû se souvenir qu'il y va du crédit commercial que les pénalités édictées par ce régime soit maintenues, tout au moins contre les débiteurs de mauvaise foi¹.

La proposition Pally fut renvoyée à la Commission législative qui, bien entendu, en repoussa les conclusions.

§ 3. — Premier projet de la Commission parlementaire nommée en 1886.

La Commission nouvelle, saisie par M. Laroze du projet de réforme de sa devancière, en approuva le principe, mais elle obéit au devoir de reviser minutieusement le texte primitif et d'y apporter même un certain nombre de modifications.

Enfin, le 16 juin 1887, M. Laroze, au nom de la Commission dont il était le rapporteur, soumit à la Chambre des députés un projet concluant à une refonte

¹ Voir le Rapport de M. Laroze, en date du 16 juin 1887.

complète de la législation des faillites et comportant, comme innovation principale, l'institution de la *Liquidation judiciaire*¹.

La pensée qui a présidé à la conception du projet Laroze est juste en soi.

S'il est vrai que les faillites, les plus désastreuses par l'anéantissement de l'actif ou par l'énormité du passif, soient imputables à la *volonté* chez les débiteurs d'arriver à un traité qui leur permette de reprendre au plus tôt leur négoce, — *volonté* qui leur fait dissimuler, même au prix d'expédients frauduleux, la cessation réelle de leurs paiements, afin de reculer le plus loin possible le terme inévitable de leur catastrophe², — « *il faut d'abord essayer d'agir sur cette volonté, et on ne le peut qu'à la condition de faire parler hautement la voix de l'intérêt personnel.* »

On doit, en effet, intéresser les débiteurs à déposer leur bilan dans un bref délai, par l'assurance d'éviter la honte d'une mise en faillite jusqu'à la tentative d'un arrangement avec leurs créanciers et de n'encourir aucune flétrissure après la conclusion de cet arrangement.

« Il faut dire au débiteur avec une parfaite netteté : Deux voies (la liquidation judiciaire et la faillite) s'ouvrent devant vous, choisissez ; soyez vous-même le premier juge de votre situation.

« Voulez-vous, avant d'avoir dissipé votre actif, avant toute démarche humiliante et dangereuse, que la loi se

¹ *Journal officiel* du 17 juin 1887, D. P., p. 1239 ; texte, *Journal officiel*, Doc. parl. de nov. 1887, p. 876, annexe n° 1842.

² *Supra*, pp. 28 et suiv.

charge, sous l'œil des magistrats, de procéder à la liquidation de vos affaires ? — Qu'elle convoque elle-même vos créanciers en vous laissant toute liberté pour traiter avec eux ? — Voulez-vous avoir toutes les chances possibles d'obtenir un traité sanctionné par la justice, obligatoire pour tous, dans lequel vos créanciers trouveront non seulement un actif encore important entre vos mains, mais surtout un débiteur capable de travailler utilement à combler son déficit ? — Voulez-vous, enfin, sortir de cette épreuve sans qu'une atteinte irréparable ait été portée à votre considération ? — La loi vous offre tout cela, *mais c'est à la condition absolue et rigoureuse que vous vous mettez sous sa protection dès les premiers jours de la cessation de vos paiements.* »

De la sorte, la liquidation judiciaire serait la récompense des débiteurs de bonne foi et la faillite deviendrait le châtiment réservé aux débiteurs qu'une négligence coupable ou une réelle perversité aurait rendus indignes d'intérêt ¹.

Telle fut la pensée dominante du projet de loi présenté par la Commission parlementaire de 1886 ; en voici maintenant l'économie ² :

¹ Voir le Rapport de M. Laroze, 1^{re} partie.

² Voir le Rapport de M. Laroze, 3^e partie.

Le livre III du Code de commerce, dorénavant intitulé : « *Des Liquidations judiciaires, Faillites et Banqueroutes*, » était divisé en cinq titres et cent soixante-dix-neuf articles :

Le titre I était relatif à la *Liquidation judiciaire* ;

Le titre II à la *Faillite* ;

Le titre III aux *Dispositions communes aux Liquidations judiciaires et aux Faillites* ;

Enfin, les titres IV et V étaient consacrés aux *Banqueroutes*, à la *Réhabilitation* et à quelques *Dispositions transitoires*.

La cessation de paiements n'entraîne plus nécessairement la faillite : le débiteur de bonne foi peut l'éviter en demandant le bénéfice de la liquidation judiciaire (nouvel art. 437).

Tout débiteur, qui ne sera pas dans des conditions déterminées faisant présumer sa bonne foi, pourra, comme par le passé, être déclaré en état de faillite ; et, même après l'ouverture de la liquidation judiciaire, la découverte de tout fait venant renverser la présomption de bonne foi suffira pour entraîner la faillite (nouvel art. 468, al. 2°).

Pour obtenir la liquidation judiciaire, le débiteur doit en faire la demande au Tribunal de commerce dans les *dix jours* de la cessation de ses paiements : lui seul (et non ses créanciers) jouira de cette faculté (nouvel art. 438).

Le jugement qui ouvre la liquidation *n'est pas publié*, sauf lorsque des créanciers sont inconnus, ce qui arrivera à peu près uniquement quand il s'agira de sociétés par actions.

Le débiteur ne subit qu'un *dessaisissement partiel* : il est assisté d'un *liquidateur* (nouveaux art. 440-443).

Les créanciers, convoqués de suite, prennent connaissance de la situation active et passive du débiteur ; ils nomment des *contrôleurs*, dont l'avis doit être pris par le liquidateur sur toutes les questions importantes ; ils font vérifier leurs créances et, aussitôt que la vérification est achevée, ils sont appelés à délibérer sur un concordat (nouveaux art. 446-450).

Sauf le droit de réhabilitation qui est maintenu (nou-

veaux art. 601 et suiv.), voici la nouvelle échelle des incapacités édictées par le projet :

Le *liquidé* concordataire est remis à la tête de ses affaires ; il conserve ses droits électoraux, et, relativement à l'éligibilité, il n'encourt que l'interdiction d'être élu membre du Tribunal de commerce, de la Chambre de commerce, du Conseil des prud'hommes et des Chambres consultatives des arts et manufactures (nouvel art. 460, al. 2).

Le débiteur qui n'a pas obtenu la liquidation judiciaire, *ou qui, après en avoir reçu le bénéfice, ne réussit pas dans sa tentative de concordat*, est déclaré en état de faillite par un jugement publié et affiché. A partir de ce moment, tous ses droits électoraux, de quelque nature qu'ils soient, demeurent suspendus jusqu'au moment où il aura été statué sur son excusabilité : déclaré excusable, il reprend ses droits d'électeur, mais il n'est éligible à aucune fonction élective ; s'il n'est pas déclaré excusable, il reste soumis à toutes les incapacités civiles et politiques édictées par les lois actuelles contre les faillis (nouvel art. 518, al. 1 et 2).

Enfin, suivant les cas, le failli est puni des peines de la banqueroute simple ou frauduleuse (nouveaux art. 587 et 594).

§ 4. — Proposition Millerand et amendement
Maxime Lecomte.

Malheureusement l'étendue de la réforme, ses affinités avec les questions les plus délicates de notre droit

(obligations, contrat de mariage, autorité maritale, régime hypothécaire, etc....), la fin prochaine de la Législature et surtout ces renversements successifs de ministères qui ravivent les préoccupations politiques au détriment de la vie législative, tout, en un mot, semblait présager à la Commission parlementaire la platonique satisfaction d'avoir bien fait son devoir, et rien de plus.

Néanmoins, le rapport du 16 juin 1887 fut le signal de milliers de pétitions adressées à la Chambre par des négociants ou par des syndicats professionnels de Paris, de Saint-Étienne, de Lyon, de Marseille, etc., qui réclamèrent la discussion immédiate des propositions relatives à la réforme des faillites : il se produisit un mouvement manifeste de l'opinion publique vers la modification de cette partie de nos lois commerciales¹ ; car on se rendait un compte très exact que la loi de 1838 n'avait les faveurs ni des débiteurs qui la fuyaient comme une sauvegarde décourageante, ni des créanciers qui en ajournaient le plus longtemps possible les lenteurs et les frais, ni même de nos grands Tribunaux consulaires, comme ceux de Lyon et de Marseille, qui, au lieu de prononcer un jugement déclaratif de faillite contre les débiteurs malheureux et de bonne foi, constataient la cessation de leurs paiements et désignaient un liquidateur. Ce procédé, conforme peut-être aux principes des lois transitoires des 22 avril et 19 dé-

¹ E. Thaller, *op. cit.* — Par contre, M. Langlais (*op. cit.*) imputait cette « agitation factice » aux agents d'affaires qui exploitent chez les uns l'ignorance, chez les autres l'impatience d'un frein nécessaire.

cembre 1871, n'en était pas moins dénué de valeur légale au regard des créanciers¹.

Les pétitions redoublèrent en 1888 : l'une d'elles, insérée en avril dans le journal « *l'Express-Finance* » au nom du commerce parisien, insistait sur l'utilité de limiter la discussion à la partie la plus urgente du projet de la Commission parlementaire et de rédiger une loi très courte, où se trouveraient condensées les différentes modifications sur lesquelles tout le monde se montrait d'accord.

L'idée devait faire son chemin.

Sans attendre la discussion du projet de la Commission, M. Millerand proposa, dans la séance du 17 mai 1888, un texte de loi qui organisait, en quatre articles seulement, une réforme partielle. Aux termes de la nouvelle proposition, serait affranchi de la qualification de failli le débiteur qui déclarerait, dans les *dix jours*, la cessation de ses paiements, et qui obtiendrait de ses créanciers un concordat (art. 1 et 2); toutefois,

¹ Trib. comm. Marseille, 20 déc. 1881 (*Journal des Faillites*, 1882, p. 582); Trib. comm. Lyon, 4 mars 1882 (*Journal des Faillites*, 1882, p. 138); Adde *Journal des Faillites*, 1882, pp. 149 et suiv. : « *Des Liquidations judiciaires, de leur pratique, de leur légalité*, » par R. Garraud, professeur à la Faculté de droit de Lyon. Le vice principal des *liquidations judiciaires* de cette époque consistait dans l'impossibilité pour le débiteur d'obtenir autre chose qu'un concordat amiable, signé ou tout au moins tacitement consenti par tous ses créanciers; de telle sorte qu'un créancier récalcitrant vendait en secret sa signature au prix d'avantages personnels et onéreux, faute desquels il poursuivait le pauvre débiteur en déclaration de faillite, malgré tout un passé d'honneur et de probité.

même dans l'hypothèse où le commerçant aurait laissé passer le délai de dix jours sans déclarer la cessation de ses paiements, ou bien dans le cas où il n'aurait point obtenu de concordat, le Tribunal, s'il jugeait le débiteur excusable, « *pourrait ne pas prononcer contre lui la déclaration de faillite, et l'affranchir ainsi des incapacités légales* » (art. 3) ¹.

La Chambre vota l'urgence et le renvoi à la Commission parlementaire.

Deux jours après, le 19 mai, M. Maxime Lecomte déposait une proposition en trois articles à titre d'amenagement au projet Millerand et qui n'en différerait que par une gradation dans les peines. Ainsi l'article 3 distingue trois classes de débiteurs : les débiteurs *malheureux et de bonne foi*, qui ont déposé leur bilan et obtenu un concordat, ne sont pas déclarés faillis et ils n'encourent aucune déchéance ; les *faillis simples* qui n'ont pas été réhabilités conservent intacts leurs droits politiques, ils sont simplement flétris en tant que commerçants, en conséquence ils ne sont ni électeurs ni éligibles aux Tribunaux et Chambres de commerce, aux Chambres consultatives des arts et manufactures et

¹ *Journal officiel* du 18 mai 1888, D. P., p. 1421 ; texte, annexe n° 2691. Il eût été plus juridique, semble-t-il, d'insérer dans cet article 3, que le tribunal « *pourrait rapporter le jugement déclaratif de faillite* » ; car la proposition Millerand ne dispensait pas le tribunal de rendre, aux termes de la loi de 1838, un jugement déclarant la faillite, lorsque le débiteur avait déposé son bilan ou que ses créanciers avaient pris l'initiative de sa mise en faillite.

aux Conseils de prud'hommes ; enfin, les *banqueroutiers* continuent de subir toutes les peines et incapacités édictées par les lois antérieures¹.

La Commission parlementaire repoussa tout à la fois la proposition Millerand et l'amendement Maxime Lecomte, comme sacrifiant les intérêts des créanciers à une commisération excessive envers les débiteurs²; mais, dès ce moment, elle comprit la nécessité que lui imposait la fin prochaine de la Législature, d'abandonner son long projet de revision pour adopter une loi restreinte qui renfermât les diverses innovations du projet général et maintint la loi de 1838 pour toutes les autres dispositions relatives à la matière des faillites et banqueroutes.

§ 5. — Second projet de la Commission parlementaire. —
Loi du 4 mars 1889.

M. Laroze déposa, le 9 juin 1888, un *rapport supplémentaire* sur une proposition de loi aux termes de laquelle la Commission ajoutait presque en son entier, à la législation ancienne des Faillites, le Titre I du projet présenté par elle le 16 juin 1887; en outre de quelques dispositions transitoires, le nouveau projet comprenait

¹ *Journal officiel*, Doc. parl. de juillet 1888, p. 730. Cet amendement était un diminutif du contre-projet qu'avait déposé M. Maxime Lecomte, le 7 mars 1885.

² Voir le Rapport supplémentaire déposé par M. Laroze, le 9 juin 1888.

donc vingt articles divisés en deux chapitres relatifs, l'un à la *Liquidation judiciaire*, l'autre à *certaines modifications apportées à la Faillite*¹.

L'urgence fut votée, et ce second projet de la Commission, doté des faveurs du Gouvernement, fut accepté par la Chambre à la suite d'une seule délibération qui occupa les séances des 16, 18 et 20 octobre 1888². La Chambre se contenta d'insérer deux nouveaux articles pour régler le délai de la notification à faire au bailleur dans les termes de l'article 450, et pour admettre au rang du privilège des gens de service le salaire acquis aux ouvriers du débiteur pendant les *trois mois* qui ont précédé l'ouverture de la liquidation judiciaire ou de la faillite.

La proposition fut alors transmise le 25 octobre au Sénat et, après déclaration d'urgence, à une Commission spéciale. M. Demôle, choisi comme rapporteur, déposa, le 21 décembre, un rapport dans lequel il constatait que la Commission du Sénat avait cru devoir apporter de nombreuses modifications au projet de la Chambre des députés³ : notamment convocation des

¹ *Journal officiel* du 10 juin 1888, D. P., p. 1707; texte, *Journal officiel*, Doc. parl. de juillet 1888, p. 730, annexe n° 2761.

² *Journal officiel* des 17, 19 et 21 oct., pp. 2194, 2208 et 2236. Le Gouvernement craignait que la Compagnie du percement de l'isthme de Panama ne fût, à la suite de sa suspension de paiements, déclarée en faillite et par contre-coup déchu de sa concession. Plus tard, la Cour de Paris, dans un arrêt en date du 8 mars 1889, reconnut à la Société un caractère civil, qui l'empêchait de tomber sous l'application de l'art. 437 du Code de commerce.

³ Sénat, annexe à la séance du 21 décembre 1888, n° 170.

créanciers par lettres *ordinaires* ; institution des contrôleurs rendue *facultative* ; changements apportés à la matière des incapacités ; enfin, aux termes d'un article spécial (art. 21), inéligibilité *absolue* du liquidé. Cette nouvelle proposition comportait vingt-quatre articles. Le 28 décembre l'urgence fut prononcée. La discussion s'engagea devant le Sénat le 11 janvier 1889 : elle se poursuivit le 15 ; enfin le 17, le projet Demôle fut adopté, sauf quelques modifications, et après retrait d'un contre-projet de M. Léon Renault, qui n'admettait pas la Liquidation judiciaire et autorisait simplement le Tribunal, en homologuant le concordat et dans certains cas déterminés, à rapporter la faillite.

Le projet de loi subit encore de nouveaux changements de la part des Députés, soit sur la demande de la Commission (2^e rapport de M. Laroze, en date du 26 janvier 1889), soit à la suite d'amendements présentés au cours de la discussion. Bref, le 7 février eut lieu l'adoption en deuxième délibération par la Chambre, qui rétablit quelques-unes des dispositions repoussées par le Sénat.

Après un nouveau rapport déposé le 25 février par M. Demôle, le Sénat sanctionna par un second vote, le 28 février, le texte proposé par la Commission sénatoriale qui maintenait quelques-unes de ses modifications précédentes.

Enfin la Chambre des députés vota définitivement le projet de loi, dans sa séance du 2 mars, tel que l'avait amendé le Sénat.

La loi sur la Liquidation judiciaire et la Faillite fut promulguée le 4 mars 1889 et publiée le 5 à l'*Officiel*.

En voici le texte :

LOI

Portant modification à la législation des faillites

ARTICLE PREMIER

Tout commerçant qui cesse ses paiements peut obtenir, en se conformant aux dispositions suivantes, le bénéfice de la liquidation judiciaire telle qu'elle est réglée par la présente loi.

ARTICLE 2

La liquidation judiciaire ne peut être ordonnée que sur requête présentée par le débiteur au tribunal de commerce de son domicile, dans les quinze jours de la cessation de ses paiements. Le droit de demander cette liquidation appartient au débiteur assigné en déclaration de faillite pendant cette période.

La requête est accompagnée du bilan et d'une liste indiquant le nom et le domicile de tous les créanciers.

Peuvent être admis au bénéfice de la liquidation judiciaire de la succession de leur auteur, les héritiers qui en font la demande dans le mois du décès de ce dernier décédé dans la quinzaine de la cessation de ses paiements, s'ils justifient de leur acceptation pure et simple ou bénéficiaire.

ARTICLE 3

En cas de cessation de paiements d'une société en nom collectif ou en commandite, la requête contient le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires, et elle est signée par celui ou ceux des associés ayant la signature sociale.

En cas de cessation de paiements d'une société anonyme, la requête est signée par le directeur ou l'administrateur qui en remplit les fonctions.

Dans tous les cas, elle est déposée au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège social. A défaut de siège social en France, le dépôt est effectué au greffe du tribunal dans le ressort duquel la société a son principal établissement.

ARTICLE 4

Le jugement qui statue sur une demande d'admission à la liquidation judiciaire est délibéré en chambre du conseil et rendu en audience publique. Le débiteur doit être entendu en personne, à moins d'excuses reconnues valables par le tribunal. Si la requête est admise, le jugement nomme un des membres du tribunal juge-commissaire et un ou plusieurs liquidateurs provisoires. Ces derniers, qui sont immédiatement prévenus par le greffier, arrêtent et signent les livres du débiteur dans les vingt-quatre heures de leur nomination et procèdent avec celui-ci à l'inventaire. Ils sont tenus dans le même délai de requérir les inscriptions d'hypothèques mentionnées en l'article 490 du code de commerce.

Dans le cas où une société est déclarée en état de liquidation judiciaire, s'il a été nommé antérieurement un liquidateur, celui-ci représentera la société dans les opérations de la liquidation judiciaire. Il rendra compte de sa gestion à la première réunion des créanciers. Toutefois, il pourra être nommé liquidateur provisoire.

Le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire est publié conformément à l'article 442 du code de commerce. Il n'est susceptible d'aucun recours, et ne peut être attaqué par voie de tierce opposition. Cependant, si le tribunal est saisi en même temps d'une requête en admission au bénéfice

de la liquidation judiciaire et d'une assignation en déclaration de faillite, il statue sur le tout par un seul et même jugement, rendu dans la forme ordinaire, exécutoire par provision, et susceptible d'appel dans tous les cas.

ARTICLE 5

Loi du 4 mars 1889

A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, toute action mobilière ou immobilière et toute voie d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles, doivent être intentées ou suivies à la fois contre les liquidateurs et le débiteur.

Loi du 4 avril 1890

A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, *les actions mobilières ou immobilières et toutes voies d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles, sont suspendues comme en matière de faillite. Celles qui subsistent* doivent être intentées ou suivies à la fois contre les liquidateurs et le débiteur.

Il ne peut être pris sur les biens de ce dernier d'autres inscriptions que celles mentionnées en l'article 4, et les créanciers ne peuvent poursuivre l'expropriation des immeubles sur lesquels ils n'ont pas d'hypothèque. De son côté, le débiteur ne peut contracter aucune nouvelle dette, ni aliéner tout ou partie de son actif, sauf dans les cas qui sont énumérés ci-après.

ARTICLE 6

Le débiteur peut, avec l'assistance des liquidateurs, procéder au recouvrement des effets et créances exigibles, faire tous actes conservatoires, vendre les objets sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver, et intenter ou suivre toute action mobilière ou immo-

bilière. Au refus du débiteur, il pourra être procédé par les liquidateurs seuls, avec l'autorisation du juge-commissaire. Toutefois, s'il s'agit d'une action à intenter, cette autorisation ne sera pas demandée, mais les liquidateurs devront mettre le débiteur en cause.

Le débiteur peut aussi, avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire, continuer l'exploitation de son commerce ou de son industrie.

L'ordonnance du juge-commissaire qui autorise la continuation de l'exploitation est exécutoire par provision, et peut être déférée, par toute partie intéressée, au tribunal de commerce.

Les fonds provenant des recouvrements et ventes sont remis aux liquidateurs, qui les versent à la Caisse des dépôts et consignations.

ARTICLE 7

Le débiteur peut, après l'avis des contrôleurs qui auraient été désignés conformément à l'article 9, avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire, accomplir tous actes de désistement, de renonciation ou d'acquiescement.

Il peut, sous les mêmes conditions, transiger sur tout litige dont la valeur n'excède pas quinze cents francs. Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excédant quinze cents francs, la transaction n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée dans les termes de l'article 487 du code de commerce.

L'article 1^{er} de la loi du 11 avril 1838 sur les tribunaux civils de première instance est applicable à la détermination de la valeur des immeubles sur lesquels a porté la transaction. Tout créancier peut intervenir sur la demande en homologation de la transaction.

ARTICLE 8

Le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire rend exigibles, à l'égard du débiteur, les dettes passives non échues; il arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou par une hypothèque.

Les intérêts des créances garanties ne peuvent être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilège, à l'hypothèque ou au nantissement.

ARTICLE 9

Dans les trois jours du jugement, le greffier informe les créanciers, par lettres ou par insertions dans les journaux, de l'ouverture de la liquidation judiciaire et les convoque à se réunir, dans un délai qui ne peut excéder quinze jours, dans une des salles du tribunal, pour examiner la situation du débiteur. Le jour de la réunion est fixé par le juge-commissaire.

Au jour indiqué, le débiteur, assisté des liquidateurs provisoires, présente un état de situation qu'il signe et certifie sincère et véritable et qui contient l'énumération et l'évaluation de tous ses biens mobiliers et immobiliers, le montant des dettes actives et passives, le tableau des profits et pertes et celui des dépenses.

Les créanciers donnent leur avis sur la nomination des liquidateurs définitifs. Ils sont consultés par le juge-commissaire sur l'utilité d'élire immédiatement parmi eux un ou deux contrôleurs.

Ces contrôleurs peuvent être élus à toute période de la liquidation, s'ils ne l'ont été dans cette première assemblée.

Il est dressé de cette réunion et des dires et observations des créanciers un procès-verbal portant fixation par le juge-

commissaire, dans un délai de quinzaine, de la date de la première assemblée de vérification des créances.

Ce procès-verbal est signé par le juge-commissaire et par le greffier. Sur le vu de cette pièce et le rapport du juge-commissaire, le tribunal nomme des liquidateurs définitifs.

ARTICLE 10

Les contrôleurs sont spécialement chargés de vérifier les livres et l'état de situation présenté par le débiteur et de surveiller les opérations des liquidateurs ; ils ont toujours le droit de demander compte de l'état de la liquidation judiciaire, des recettes effectuées et des versements faits.

Les liquidateurs sont tenus de prendre leur avis sur les actions à intenter ou à suivre.

Les fonctions de contrôleurs sont gratuites. Ils ne peuvent être révoqués que par le tribunal de commerce, sur l'avis conforme de la majorité des créanciers et la proposition du juge-commissaire. Ils ne peuvent être déclarés responsables qu'en cas de faute lourde et personnelle.

Les liquidateurs peuvent recevoir, quelle que soit leur qualité, une indemnité qui est taxée par le juge-commissaire.

ARTICLE 11

A partir du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, les créanciers pourront remettre leurs titres, soit au greffe, soit entre les mains des liquidateurs. En faisant cette remise, chaque créancier sera tenu d'y joindre un bordereau énonçant ses nom, prénoms, profession et domicile, le montant et les causes de sa créance, les privilèges, hypothèques ou gages qui y sont affectés.

Cette remise n'est astreinte à aucune forme spéciale.

Le greffier tient état des titres et bordereaux qui lui sont remis et en donne récépissé. Il n'est responsable des titres

que pendant cinq années à partir du jour de l'ouverture du procès-verbal de vérification.

Les liquidateurs sont responsables des titres, livres et papiers qui leur ont été remis, pendant dix ans, à partir du jour de la reddition de leurs comptes.

ARTICLE 12

Après la réunion dont il est parlé en l'article 9, ou le lendemain au plus tard, les créanciers sont convoqués en la forme prévue par le même article pour la première assemblée de vérification. Les lettres de convocation et les insertions dans les journaux portent que ceux d'entre eux qui n'auraient pas fait à ce moment la remise des titres et bordereaux mentionnés en l'article 11 doivent faire cette remise, de la manière indiquée audit article, dans le délai fixé pour la réunion de l'assemblée de vérification. Ce délai peut être augmenté, par ordonnance du juge-commissaire, à l'égard des créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France.

La vérification et l'affirmation des créances ont lieu dans la même réunion et dans les formes prescrites par le code de commerce en tout ce qui n'est pas contraire à la présente loi.

ARTICLE 13

Le lendemain des opérations de la première assemblée de vérification, il est adressé, en la forme prescrite en l'article 9, une convocation à tous les créanciers, invitant ceux qui n'ont pas produit à faire leur production.

Les créanciers sont prévenus que l'assemblée de vérification à laquelle ils sont convoqués sera la dernière. Cette assemblée a lieu quinze jours après la première.

Si des lettres de change ou des billets à ordre souscrits

ou endossés par le débiteur et non échus au moment de cette dernière assemblée sont en circulation, les liquidateurs pourront obtenir du juge-commissaire la convocation d'une nouvelle assemblée de vérification.

ARTICLE 14

Le lendemain de la dernière assemblée, dans laquelle le juge-commissaire prononce la clôture de la vérification, tous les créanciers vérifiés, ou admis par provision, sont invités, en la forme prescrite par l'article 9, à se réunir pour entendre les propositions de concordat du débiteur et en délibérer.

Cette réunion a lieu quinze jours après la dernière assemblée de vérification.

Toutefois, en cas de contestation sur l'admission d'une ou plusieurs créances, le tribunal de commerce peut augmenter ce délai sans qu'il soit dérogé pour le surplus aux dispositions des articles 499 et 500 du code de commerce.

ARTICLE 15

Le traité entre les créanciers et le débiteur ne peut s'établir que s'il est consenti par la majorité de tous les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision, représentant en outre les deux tiers de la totalité des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision. Le tout à peine de nullité.

Si le concordat est homologué, le tribunal déclare la liquidation judiciaire terminée. Lorsque le concordat contient abandon d'un actif à réaliser, les créanciers sont consultés sur le maintien ou le remplacement des liquidateurs et des contrôleurs. Le tribunal statue sur le maintien ou le remplacement des liquidateurs. Les opérations de réalisation et de répartition de l'actif abandonné se suivent conformément aux dispositions de l'article 541 du code de commerce.

Dans la dernière assemblée, les liquidateurs donnent connaissance de l'état de leurs frais et indemnités, taxés par le juge-commissaire. Cet état est déposé au greffe. Le débiteur et les créanciers peuvent former opposition à la taxe dans la huitaine. Il est statué par le tribunal en chambre de conseil.

Dans tous les cas où il y a lieu à reddition de comptes par les liquidateurs, la disposition du paragraphe précédent est applicable.

ARTICLE 16

Sont nuls et sans effet, tant à l'égard des parties intéressées qu'à l'égard des tiers, tous traités ou concordats qui, après l'ouverture de la liquidation judiciaire, n'auraient pas été souscrits dans les formes ci-dessus prescrites.

ARTICLE 17

Les prescriptions du décret du 18 juin 1880, contenant le tarif des droits et émoluments que les greffiers des tribunaux de commerce sont autorisés à percevoir, sont applicables au cas de liquidation judiciaire comme au cas de faillite.

ARTICLE 18

La notification à faire, s'il y a lieu, au propriétaire dans les termes de l'article 450 du code de commerce, est faite par le débiteur et les liquidateurs avec l'autorisation du juge-commissaire, les contrôleurs entendus. Ils ont, pour cette notification, un délai de huit jours à partir de la première assemblée de vérification.

ARTICLE 19

La faillite d'un commerçant admis au bénéfice de la liquidation judiciaire peut être déclarée par jugement du tribu-

nal de commerce, soit d'office, soit sur la poursuite des créanciers :

1° S'il est reconnu que la requête à fin de liquidation judiciaire n'a pas été présentée dans les quinze jours de la cessation des paiements ;

2° Si le débiteur n'obtient pas de concordat. Dans ce cas, si la faillite n'est pas déclarée, la liquidation judiciaire continue jusqu'à la réalisation et la répartition de l'actif, qui se feront conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 15 de la présente loi. Si la faillite est déclarée, il est procédé conformément aux articles 529 et suivants du code de commerce.

Le tribunal déclare la faillite à toute période de la liquidation judiciaire :

1° Si, depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur a consenti l'un des actes mentionnés dans les articles 446, 447, 448 et 449 du code de commerce, mais dans le cas seulement où la nullité aura été prononcée par les tribunaux compétents ou reconnue par les parties ;

2° Si le débiteur a dissimulé ou exagéré l'actif ou le passif, omis sciemment le nom d'un ou de plusieurs créanciers, ou commis une fraude quelconque, le tout sans préjudice des poursuites du ministère public ;

3° Dans les cas d'annulation ou de résolution du concordat ;

4° Si le débiteur en état de liquidation judiciaire a été condamné pour banqueroute simple ou frauduleuse.

Les opérations de la faillite sont suivies sur les derniers errements de la procédure de la liquidation.

ARTICLE 20

L'article 11 et les dispositions des paragraphes 1^{er}, 3^e

et 4^e de l'article 15 de la présente loi sont applicables à l'état de faillite.

Sont également applicables à l'état de faillite les dispositions de la loi présente concernant l'institution des contrôleurs.

ARTICLE 21

A partir du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, le débiteur ne peut être nommé à aucune fonction élective; s'il exerce une fonction de cette nature, il est réputé démissionnaire.

ARTICLE 22

L'article 549 du code de commerce est modifié ainsi qu'il suit :

« ART. 549. — Le salaire acquis aux ouvriers directement employés par le débiteur, pendant les trois mois qui ont précédé l'ouverture de la liquidation judiciaire ou la faillite, est admis au nombre des créances privilégiées, au même rang que le privilège établi par l'article 2101 du code civil pour le salaire des gens de service.

« Les salaires dus aux commis pour les six mois qui précèdent le jugement déclaratif sont admis au même rang. »

ARTICLE 23

Le premier paragraphe de l'article 438 du code de commerce et le n° 4 de l'énumération faite par l'article 586 sont modifiés comme il suit :

« ART. 438, § 1^{er}. — Tout failli sera tenu, dans les quinze jours de la cessation de ses paiements, d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce de son domicile. Le jour de la cessation de paiements sera compris dans les quinze jours. »

« ART. 586, 4^e.... Si, dans les quinze jours de la cessation de ses paiements, il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les articles 438 et 439, ou si cette déclaration ne contient pas les noms de tous les associés solidaires. »

ARTICLE 24

Toutes les dispositions du code de commerce qui ne sont pas modifiées par la présente loi continueront à recevoir leur application en cas de liquidation judiciaire comme en cas de faillite.

DISPOSITIONS TRANSITOIRES

ARTICLE 25

Le commerçant en état de cessation de paiements dont la faillite n'aura pas été déclarée, ou dont le jugement déclaratif de faillite ne sera pas devenu définitif à la date de la promulgation de la présente loi, pourra obtenir le bénéfice de la liquidation judiciaire. Cette faculté s'exercera devant la juridiction saisie. La requête devra, dans tous les cas, être présentée dans la quinzaine de la promulgation.

Les faillites déclarées antérieurement à cette promulgation continueront à être régies par les dispositions du code de commerce ; sont toutefois applicables à ces faillites les dispositions de la présente loi concernant l'institution des contrôleurs.

Le jugement qui homologuera le concordat obtenu par le débiteur dont la faillite aura été déclarée antérieurement à la promulgation de la présente loi, ou qui déclarera celui-ci excusable, pourra décider que le failli ne sera soumis qu'aux incapacités édictées par l'article 21 contre les débiteurs admis à la liquidation judiciaire.

Cette disposition sera applicable à tout ancien failli qui aura obtenu son concordat ou qui aura été déclaré excusable. Il devra saisir par requête le tribunal de commerce qui a déclaré sa faillite et produire son casier judiciaire. Cette requête sera affichée pendant quinze jours dans l'auditoire. Le tribunal statuera en chambre du conseil. Sa décision n'est susceptible d'aucun recours.

L'inscription sur les listes électorales pourra être faite, à la suite de ces formalités, jusqu'au 31 mars, date de la clôture des listes.

ARTICLE 26

La présente loi est applicable aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion¹.

¹ Applicable à la France, la nouvelle loi l'est-elle à toutes ses colonies? La difficulté provient de ce que l'article 26 passe sous silence l'Algérie et la Tunisie. Il faut décider, et la jurisprudence s'est prononcée en ce sens, que la loi du 4 mars 1889 s'applique à l'Algérie et à la Tunisie comme à toutes les autres colonies de la France (V^o Goirand et Périer, *Commentaire théorique et pratique de la loi du 2 mars 1889 sur la liquidation judiciaire*, Paris, 1889, pp. 268 et 269; Rivière, *Commentaire sur la Liquidation judiciaire*, Paris, 1891, p. 192).

DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

De notre Introduction historique il ressort que la Faillite n'est pas abrogée et que la Liquidation judiciaire, qui vient en combler les lacunes, constitue, à part quelques modifications, une faillite adoucie, procédant du même fait et tendant au même but : l'une et l'autre, en effet, naissent de la cessation de paiements et visent à la sauvegarde des intérêts des créanciers.

L'analogie qui existe entre les deux institutions entraîne forcément des règles communes ; d'une manière générale : « *Toutes les dispositions du code de commerce qui ne sont pas modifiées par la présente loi continueront à recevoir leur application en cas de liquidation judiciaire comme en cas de faillite* » (art. 24) ¹. Le livre III du Code de commerce renferme donc la législation fondamentale en matière de cessation de paiements, c'est

¹ Trib. comm. Seine, 18 avril 1890 (*Gaz. Pal.*, 90, 1, 688). Cet article 24, le lecteur voudra bien nous dispenser de l'accoler continuellement aux citations de jurisprudence et d'auteurs, que nous emprunterons à la matière des faillites pour établir par analogie certains principes applicables à la liquidation judiciaire.

ce livre que l'interprète et le juge devront ouvrir, toutes les fois que le législateur de 1889 n'aura pas révélé sa pensée : là n'est point l'objet proprement dit de notre étude.

Mais dans le cadre des règles du Code de commerce viennent se placer les dispositions relatives à la Liquidation judiciaire, qui fait le fond de ce Commentaire. Nos développements comprendront les cinq chapitres que voici :

CHAPITRE PREMIER. — *Des Éléments constitutifs de la Liquidation judiciaire.*

CHAPITRE II. — *Des Effets de l'Ouverture de la Liquidation judiciaire.*

CHAPITRE III. — *Des Agents et Autorités qui composent le personnel de la Liquidation judiciaire.*

CHAPITRE IV. — *De la Procédure préparatoire aux Solutions de la Liquidation judiciaire.*

CHAPITRE V. — *Des diverses Solutions de la Liquidation judiciaire.*

CHAPITRE PREMIER

Des Éléments constitutifs de la Liquidation judiciaire

On a défini la Liquidation judiciaire « un bénéfice personnel accordé par le tribunal au commerçant malheureux, en état de cessation de paiements, mais de bonne foi, qui s'est conformé aux prescriptions de la loi¹. »

Cette définition, passable dans son genre, résume les conditions de fond et de forme que nécessite l'ouverture de la liquidation judiciaire.

D'une part, il faut qu'il s'agisse d'un commerçant — ayant cessé ses paiements — de bonne foi.

De l'autre, un jugement déclaratif de liquidation est nécessaire.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS DE FOND

§ 1^{er}. — De la Qualité de commerçant.

En droit français, la liquidation judiciaire, comme du reste la faillite, ne s'applique qu'aux commerçants,

¹ Goirand et Périer, *op cit.*, p. 36.

ainsi que l'indique dès le début la loi de 1889 : « *Tout commerçant.....* » (art. 1) ¹.

Par ces premiers mots il faut entendre, soit les individus qui se livrent au commerce (art. 1), soit les sociétés commerciales qui revêtent le caractère de personnes morales (art. 3) ².

¹ A ce point de vue, E. Cohendy (*Code de commerce et Lois commerciales usuelles*, Paris, 1892, p. 69, note 1) divise les pays étrangers en quatre groupes principaux.

PREMIER GROUPE. — *Belgique, Grèce, Hollande, Italie, Luxembourg, Portugal, Roumanie* et certains pays d'Amérique (*Chili, Mexique, Pérou, République Argentine*, etc.), qui se sont inspirés de l'ancien Code espagnol de 1829 : la faillite ne s'applique, comme en France, qu'aux seuls commerçants (V^o notamment C. comm. belge, 437 ; C. comm. italien, 671 ; C. comm. portugais, 692).

DEUXIÈME GROUPE. — *Allemagne, Angleterre* : les commerçants et les non commerçants sont assimilés d'une manière absolue au point de vue de la faillite (V^o L. anglaise de 1883, 4 ; L. allemande du 10 févr. 1877, 1^{er} (analysée dans l'*Annuaire de lég. étr.*, 1878, p. 102 et suiv.).

TROISIÈME GROUPE. — *Autriche, Espagne, Hongrie, Pays Scandinaves, Russie* : les commerçants et les non commerçants peuvent également être déclarés en faillite ; mais il existe des différences parfois importantes entre les faillis commerçants et les faillis non commerçants : c'est ainsi qu'en *Autriche* le concordat ne peut être accordé qu'aux commerçants (V^o L. 25 déc. 1868, 207-245).

QUATRIÈME GROUPE. — *Suisse* : sont assujetties à la faillite toutes les personnes qui sont inscrites au registre du commerce, ce qui comprend non seulement les commerçants pour qui cette inscription est obligatoire, mais encore les individus non commerçants qui se sont fait inscrire au registre en vertu de l'art. 845 du Code fédéral des obligations de 1883 (L. féd. de 1889, 38 et 39).

² C. comm., art. 437, 438 al. 2, 458 al. 2, 531.

A. — *Des individus commerçants.*

Pas n'est besoin de spécifier ici les caractères constitutifs de la qualité de commerçant : les signes en sont les mêmes qu'en matière de faillite. Qu'il nous suffise de rappeler que le commerçant est celui qui fait du commerce sa profession habituelle, et qu'un acte est commercial au regard de la personne qui l'accomplit, lorsqu'elle a l'intention d'être simplement un intermédiaire spéculant sur la transmission de la valeur, objet du contrat ¹.

Encore faut-il que la qualité de commerçant n'existe pas seulement de fait, mais encore de droit : un individu, incapable de faire le commerce, aurait beau se livrer journellement à des opérations commerciales qu'il ne pourrait pas plus être mis en liquidation judiciaire que déclaré en état de faillite. Ainsi, le mineur qui n'a pas été valablement autorisé (C. comm., art. 2) ², la femme mariée qui ne peut alléguer l'autorisation expresse ou le consentement tacite de son mari (C. comm., art. 4) ³, l'interdit et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire qui se sont conduits en commerçants sans autorisation régulière (C. civ., art. 502) ⁴ sont assimilés à des non commerçants et, au cas d'inexécution de leurs engagements, ils tombent en déconfiture.

¹ Boistel, *Cours de Droit commercial*, 4^e édit., 1890, p. 24.

² Paris, 2 juin 1885 (*J. des Faill.*, 1885, p. 321); Cass., 18 avril 1882 (S., 83, 1, 161).

³ Lyon, 6 août 1886 (*Mon. Lyon*, 12 mai 1887).

⁴ Paris, 22 déc. 1862 (S., 63, 2, 30); Cass., 3 déc. 1850 (S., 50, 4, 777).

A l'inverse, une personne à qui le commerce est interdit peut être admise au bénéfice de la liquidation judiciaire. Par exemple, les fonctions de notaire, d'avocat, d'avoué, de receveur de l'enregistrement, de percepteur des contributions, etc., ont bien été déclarées incompatibles avec l'exercice du commerce, mais les règlements n'en ont pas fait autant d'obstacles absolus à l'attribution de la qualité de commerçant : n'étant pas incapables, leurs titulaires s'obligent donc commercialement, et dès lors ils peuvent être traités, s'il y a lieu, comme des commerçants¹.

Tout commerçant, sans exception, en gros ou en détail, est admissible à la liquidation judiciaire.

Est-il nécessaire que le commerçant vive encore ? Nullement : la liquidation judiciaire d'un commerçant peut être déclarée après son décès (L. 1889, art. 2, al. 3). On ne comprendrait pas, en effet, que la mort du *de cujus* pût priver *tout au moins ses héritiers* d'un bénéfice aussi avantageux, alors qu'elle n'en contrecarre point les dispositions légales².

La liquidation judiciaire, qui est possible dans l'hypothèse d'un commerçant décédé, le serait encore au cas d'un individu qui n'est plus commerçant et s'est retiré des affaires³.

¹ Riom, 29 nov. 1884 (*Gaz. Pal.*, 84, 2, 720); Bourges, 8 juill. 1885 (S., 86, 2, 24); Cass., 14 mars 1888 (*Gaz. Pal.*, 88, 1, 507; D., 88, 1, 168); Angers, 3 déc. 1889 (*Gaz. Pal.*, 90, 1, 388).

² C. comm., art. 437, al. 2. Trib. comm. Marseille, 13 sept. et 5 janv. 1888 (*Rec. de Marseille*, 88, 1, 127).

³ Cass., 3 mai 1880 (S., 81, 1, 315); 4 févr. 1885 (D., 85, 1, 159); 6 juin 1885 (*Gaz. Pal.*, 85, 2, 306); 27 juin 1887 (*Gaz. Pal.*, 87, 2, 169); 21 mars 1891 (*Gaz. Pal.*, 91, 1, 596).

L'étranger commerçant qui a son domicile en France (C. civ., art. 13, 1^{er} alin., L. 26 juin 1889), peut, comme tout Français, demander la liquidation judiciaire : car, sous l'empire de la loi de 1838, il est susceptible d'être déclaré en faillite, et d'ailleurs l'article 3 alinéa 3 *in fine* de la loi de 1889 le décide implicitement pour une société étrangère ¹.

B. — *Des Sociétés commerciales.*

La liquidation judiciaire s'applique aux sociétés comme aux individus, à la condition toutefois que ces sociétés fassent le commerce, et de plus qu'elles forment une personne morale.

La généralité des mots : « *Tout commerçant.....* » de l'article 1^{er} de la loi de 1889 reçoit, en effet, un complément d'explication dans les dispositions de l'article 3 sur les sociétés, et aussi dans le deuxième alinéa de l'article 4, qui débute en ces termes : « *Dans le cas où une société est déclarée en état de liquidation judiciaire.....* ». En outre, la liquidation judiciaire d'une société non revêtue de la personnalité morale ne se conçoit pas ; car on ne rencontre pas là un être distinct de la personne des associés, possédant une vie propre à l'égard des tiers, capable de droits ou d'obligations pouvant donner lieu, en cas de mauvaise fortune, à une liquidation sous le contrôle de la justice.

Par conséquent, ne peuvent tomber en état de liquidation judiciaire, pas plus du reste qu'en faillite, ni les

¹ Cass., 24 nov. 1857 (S., 58, 1. 65) ; Paris, 20 mai 1878 (S., 80, 2, 193).

sociétés purement civiles, parce qu'elles ne sont pas commerciales d'abord, et qu'ensuite elles ne jouissent pas de la personnalité juridique (C. civ., art. 1832-1872), — ni même, en principe, les sociétés civiles à formes commerciales, parce que la forme commerciale confère bien la personnalité à une société, mais non pas le caractère commercial¹, — ni enfin les associations en participation (C. comm., art. 47-50), parce qu'elles ne constituent pas des êtres ayant une existence à part de celle des associés, et que pour ce motif elles se distinguent par l'absence de manifestations extérieures, telles que siège, domicile, raison sociale, signature sociale, etc.².

Toutefois, aux termes d'un article 68 qu'une loi, en date du 1^{er} août 1893, sur les *Sociétés par actions*, est venue ajouter à la loi du 24 juillet 1867 : « *Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce.* » (L. 1^{er} août 1893, art. 6, al. 1)³.

¹ Lyon-Caen, *Précis*, t. I, nos 291 et 536; Deloison, *Traité des Sociétés commerciales françaises et étrangères*, édit. 1881, t. I, p. 69; Ch. civ., 3 févr. 1868 (D., 1868, 1, 225).

² Cass., 4 juin 1860; 29 juillet 1863; 16 août 1865; Paris, 24 mai 1862 (S., 1863, 2, 201); 8 août 1870 (D., 1871, 2, 7); Aix, 2 mai 1871 (D., 1872, 2, 165). V^o Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n^o 3413; Boistel, n^o 894; Demangeat sur Bravard, *Des Sociétés*, pp. 379 et suiv.; J. des Faill., Doctrine, 1893, p. 85 (article de H. Pascaud, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry : « *De la mise en faillite des Sociétés commerciales après leur annulation, et de l'annulation de ces Sociétés après leur mise en faillite* »).

³ J. Off., 3 août 1893, p. 4057. Cette assimilation aux sociétés commerciales a été insérée dans le Code de commerce allemand pour les sociétés en commandite par actions (art. 174 ainsi modifié

Par conséquent toutes les sociétés qui, par la nature de leurs actes, revêtent un caractère commercial, peu importe qu'elles soient en nom collectif ou en commandite ou même anonymes (sauf les associations en participation), et toutes les sociétés civiles en commandite par actions ou anonymes à formes commerciales ou qui ont été constituées dans les formes de la loi du 1^{er} août 1893, peuvent bénéficier de la liquidation judiciaire (L. 1889, art. 3, al. 1 et 2)¹.

Est-il au moins nécessaire que la société soit encore existante ?

Nullement : une société commerciale qui a été dis-

par la loi du 11 juin 1870 sur les sociétés par actions) et pour les sociétés anonymes (art. 208); au contraire, on ne la retrouve pas dans les législations belge (art. 136), hollandaise, italienne ni espagnole. La loi anglaise sur les faillites ne s'applique pas aux sociétés enregistrées (sociétés par actions), civiles ou commerciales (L. de 1883, 123) : la voie ouverte aux créanciers consiste en une procédure spéciale appelée liquidation par ordre de la Cour (*Winding up by Court*), et organisée par la loi du 28 août 1862.

¹ Désormais se trouve tranchée par analogie la grosse question de la légalité de la faillite des sociétés anonymes. Étaient déjà pour l'affirmative : Boistel, n° 894; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. II, n° 3133; Pardessus, *Cours de droit commercial*, 4^e édit., 1856-1857, n° 1146; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 2^e édit., 1868-1871, t. VI, n° 2434; Laroque-Sayssinel, *Formulaire général des faillites et banqueroutes*, 3^e édit., 1877, t. I, p. 24, n° 10; Demangeat sur Bravard, *Traité de droit commercial*, 1862-1875, t. V, pp. 673 et suiv.; Rousseau, *Des Sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1878, n° 2036. Cass., 14 juill. 1862 (S., 1862, 1, 938); Paris, 5 févr. 1872 (D., 1874, 3, 235). — Avaient au contraire adopté la négative : Renouard, t. I, pp. 226 et suiv.; Massé, *Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens et le Droit civil*, 3^e édit. 1874, t. II, nos 216 et 1169.

soute (C. civ., art. 1863, 1867, 1869, 1871, et L. 24 juill. 1867, art. 37) peut être déclarée en état de liquidation judiciaire, de même qu'elle est susceptible de tomber en faillite; parce que, malgré sa dissolution, elle est censée subsister en tant qu'être moral pour les besoins de sa liquidation (L. 1889, art. 4, al. 2)¹. Il s'ensuit que la liquidation judiciaire deviendrait impossible, si tout l'actif de la société dissoute avait été réparti entre qui de droit; car, une fois la liquidation des biens terminée, on ne voit plus de motif pour maintenir la fiction de la personnalité juridique de la société (*cessante causa, cessat effectus*)².

¹ Sic Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. I, n° 563, et t. II, 3133; Troplong, *Société*, n°s 1004-1006; Bédarride, *Des Sociétés*, n° 480; Bravard, t. I, p. 439; Boistel, n°s 379 et 894; Pont, *Soc.*, n° 1930; Alauzet, n°s 421-422. Adde Loi belge, art. 111. Contra Pardessus, n° 1070; Delangle, *Commentaire sur les sociétés commerciales*, 1843, n° 687; Malepeyre et Jourdan, *Traité des sociétés commerciales*, 1833, pp. 325, 341, 346. — Impuissante à écarter l'ouverture de la liquidation judiciaire, la dissolution de la société *a fortiori* ne saurait clore la liquidation judiciaire déjà déclarée : les actionnaires, renonçant à la continuation de l'entreprise, trouveraient seulement dans cette dissolution un moyen de mettre un terme aux déficits de la société et de substituer un liquidateur à des administrateurs grassement rétribués.

² Loi allemande, Code des Faillites du 10 févr. 1877, art. 193 et 199. — Cependant, il est un cas où une société dissoute, et dont la liquidation demeure inachevée, ne pourrait pas tomber en liquidation judiciaire. Nous verrons en effet (*infra*, pp. 132 et suiv.) que l'art. 2, al. 3, de la loi de 1889, rejette la demande à fin de liquidation judiciaire formulée un mois après la mort du commerçant décédé dans la quinzaine de la cessation de ses paiements : de là il résulte indirectement que l'ouverture de la liquidation judiciaire d'une société en nom collectif ou en commandite devient impossible, lorsque le décès d'un des associés a causé la

Mais si le régime introduit par la loi de 1889 reste applicable après la dissolution de la société, l'est-il également après son annulation ?

Le doute provient de ce fait que la société annulée est considérée comme n'ayant jamais joui d'une existence légale, et qu'on ne peut pas raisonnablement lui attribuer une individualité qu'elle n'a jamais eue¹.

Il est certain que, pour cette raison, la liquidation judiciaire est en principe impossible. Encore faut-il que la nullité dont il s'agit soit opposable aux tiers créanciers, telle que l'incapacité des associés personnellement tenus : mineurs (C. comm., art. 2), femmes mariées (C. comm., art. 4). Car nous croyons qu'une société par actions, dont la nullité a été prononcée pour défaut de publicité ou pour inobservation des conditions spéciales prescrites par la loi du 24 juillet 1867 (art. 7, 41 et 56), peut, tout au moins en principe, être

dissolution de cette société un mois auparavant (C. civ., art. 1865-4^o). Cette restriction, admise également en matière de faillite par application de l'art. 437 *in fine* (Lyon-Caen, *Précis*, t. II, nos 3117 et 3133), est exacte, si l'on estime avec nous (*infra*, pp. 179 et suiv.) que la cessation de paiements des associés tenus *in infinitum* découle nécessairement de la liquidation judiciaire des sociétés en nom collectif ou en commandite.

¹ Cass., 24 août 1863 (D., 1863, 4, 353. S., 1863, 4, 486); Orléans, 9 août 1865 (T. C., 18, 157); Trib. com. Seine, 30 janv. 1869; Paris, 3 mars 1870 (D., 1870, 2, 103. S., 1870, 2, 137. *J. Pal.*, 1878, 375); Trib. com. Nantes, 14 juin 1882 (*J. des Faill.*, 1883, p. 165); Camberlin, *Manuel pratique des Tribunaux de commerce*, édit. 1879, p. 376. Dans cette première opinion, seuls les associés personnellement responsables des dettes sociales seraient exposés à la faillite, et par conséquent à la nécessité de demander la liquidation judiciaire.

admise au bénéfice de la liquidation judiciaire, de même qu'elle est susceptible d'une déclaration de faillite. En voici le double motif. Les formalités prescrites par la loi de 1867 ont été édictées dans l'intérêt des créanciers sociaux, ceux-ci doivent donc conserver tous leurs moyens d'action à l'égard de la société, notamment le droit de la faire mettre en faillite par cela même que sa nullité ne peut pas leur être opposée par les associés : d'où la possibilité pour la société de répondre aux poursuites dirigées contre elle par une demande à fin de liquidation judiciaire. En outre, cette société, qui vit ou meurt au gré des tiers, est bien moins considérée comme n'ayant eu aucune espèce d'existence dans le passé, que réputée dissoute à partir de son annulation ¹. Une restriction s'impose cependant pour le cas où, non plus les associés, mais les créanciers personnels des associés opposeraient la nullité aux créanciers sociaux : dans l'espèce, la faillite et la liquidation judiciaire de la société deviendraient impossibles, et dès lors, au lieu d'être désintéressés sur l'actif social par préférence aux créanciers personnels des associés, les créanciers

¹ Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. II, n° 3133 bis, et t. I, n°s 313 et 436; Boistel, n° 894; Deloison, t. I, n° 76; Thaller, *Rev. crit.*, 1885, pp. 296 et suiv.; Paris, 15 janv. 1858 (T. C., 8, 107); Paris, 5 janv. 1872 (D., 1874, 2, 235. *J. Pal.*, 1873, 338); Cass., 15 mars 1875 (D., 1876, 1, 312); Lyon, 18 mars 1884, Banque de Lyon et de la Loire (*J. des Faill.*, 1884, p. 195. D., 1884, 2, 211. S., 1884, 2, 107); Lyon, 8 mai 1884 (D., 1884, 2, 219); Cass., Ch. civ., 15 nov. 1892 (*J. des Faill.*, 1893, p. 147). — Adde H. Pascaud dans *J. des Faill.*, 1893, pp. 83 et suiv.

sociaux concourraient avec eux¹ sur la part de chaque associé¹.

§ 2. — De la Cessation de paiements.

La liquidation judiciaire doit être motivée par la Cessation de paiements du débiteur².

En ce qui concerne le commerçant, la loi de 1889

¹ Ce résultat est équitable : les créanciers personnels, ayant traité avec les associés, n'ont aucune faute à se reprocher, tandis que les créanciers sociaux ont à se repentir de s'être adressés sans discernement à une société entachée de nullité (Sic : Req., 22 mars 1843, 18 mars 1846; Cass., 7 mars 1849; Req., 13 févr. 1855 (S., 1855, 1, 721. D., 56, 1, 157); Cass., 18 mars 1851. (S., 1851, 1, 276. D., 1851, 1, 516); 24 août 1863 (S., 1863, 1, 486. D., 1864, 1, 95); Lyon, 8 janv. 1873 (D., 1873, 2, 38). — Adde Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. II, n° 3133 bis; Boistel, n°s 360 et 894; Rivière, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, n° 364, p. 374; Alauzet, t. III, n°s 380 et suiv. et n° 604; Bédarride, *Soc.*, t. I, n° 370; Contra Bravard et Demangeat, p. 58).

² Les législations étrangères, qui ont spécialisé la faillite aux seuls commerçants, font aussi dépendre l'état de faillite de la cessation des paiements (V° C. comm. *belge*, 437; C. comm. *italien*, 671; C. comm. *portugais*, 692; L. *allemande* de 1877, 94).

Dans les législations qui comportent deux faillites parallèles pour les commerçants et les non commerçants, la cessation des paiements entraîne bien encore la faillite commerciale; mais, pour motiver la faillite civile, il faut en outre ou l'insolvabilité du débiteur constatée par l'insuccès de poursuites dirigées contre lui, ou le fait par lui d'avoir quitté le royaume ou de se tenir caché (*Autriche*, L. de 1868, 62-64 et 198; *Hongrie*, L. de 1882, 82-85 et 242-246; *Espagne*, C. comm., 874, et C. de proc. civ., 1158).

En *Suisse*, la faillite peut résulter soit de poursuites infructueuses exercées contre le débiteur, soit de ce que le débiteur s'est caché ou a pris la fuite, soit de la cessation de ses paiements,

est formelle : « *Tout commerçant qui cesse ses paiements.....* » (art. 1). Dès lors, s'il est nécessaire que la qualité de commerçant et la cessation de paiements coexistent, le commerçant qui s'est retiré des affaires ne peut pas être admis à la liquidation judiciaire, quand la cessation de ses paiements ne s'est produite qu'après l'abandon de son commerce : dans ce cas, il tombe en déconfiture comme un simple particulier ¹.

La cessation de paiements est également le point de départ de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales (art. 1, 2, 3, 4).

Enfin, pour que la liquidation judiciaire se produise après le décès du commerçant, il faut que le *de cujus* soit décédé *dans la quinzaine de la cessation de ses paiements* (art. 2, al. 3)²; par conséquent, si, pour ne pas survivre au déshonneur, il s'est suicidé *à la veille* de suspendre ses paiements, la liquidation judiciaire est impossible, car, n'ayant pas encore cessé de payer, il n'est pas mort en état de cessation de paiements.

A quel moment le débiteur doit-il être réputé cesser ses paiements ?

soit de ce que le concordat préventif de faillite lui a été refusé (L. féd. de 1889, 159, 166 et 190).

Enfin, en *Angleterre*, la loi de 1883 n'admet plus que la simple cessation de paiements soit à elle seule une cause de faillite; elle énumère limitativement, dans son article 4 et sous la rubrique *acts of bankruptcy*, les actes qui peuvent seuls entraîner la faillite du débiteur (V^o E. Cohendy, *op. cit.*, p. 69, note 2).

¹ Même solution pour la faillite (Lyon, 1878, Dalloz, 1878, 2, 70).

² A la différence de la faillite pour laquelle il suffit que le commerçant soit mort « *en état de cessation de paiements.* » (C. comm., art. 437, al. 2).

La cessation de paiements ne coïncide pas nécessairement avec la *situation embarrassée*¹ : l'une ne prend la place de l'autre que lorsqu'elle se manifeste par des faits, non pas notoires, mais matériels et extérieurs, comme sont les protêts, les assignations, les jugements de condamnation, les saisies, la disparition du commerçant, la fermeture de ses bureaux ou magasins, un aveu de sa part dans une lettre-circulaire par laquelle il demande des délais ou des remises à ses créanciers, etc. Encore ne sont-ce point là des signes infaillibles, car le refus de payer, par exemple, peut fort bien avoir pour cause la non-exigibilité de la dette, l'inexistence ou la nullité de l'obligation.

La cessation de paiements est donc liée à des faits matériels et extérieurs, et non pas à l'état réel de la fortune du commerçant, dont une liquidation pourrait seule faire connaître l'excédent en plus ou en moins. Il se peut, en effet, qu'un commerçant soit très solvable, et que pourtant son imprévoyance ou encore la négligence de ses clients à régler leurs comptes le conduise à cesser momentanément ses paiements, faute d'un actif disponible. En sens inverse, il arrive que des commerçants se trouvent au-dessous de leurs affaires et qu'ils continuent malgré cela à faire face à leurs échéances : les uns entretiennent leur crédit par des moyens honnêtes et ils vont ainsi jusqu'au jour où des négociations heureuses les auront mis à flot; les autres, dépourvus de crédit, ne cessent pas de payer, grâce à

¹ Chambéry, 20 févr. 1889 (Mon. Lyon, 27 mars 1889); Aix. 12 juill. 1892 (J. des Faill., 1893, p. 253).

des artifices qui les rendent passibles des peines de la banqueroute (C. comm., art. 585, 3^o), mais en définitive qui les soutiennent jusqu'au jour prochain de leur culbute. Par là on saisit la différence qui sépare l'*insolvabilité* de la cessation de paiements, pour laquelle la seule question qui se pose est celle-ci : le commerçant paie-t-il ou ne paie-t-il pas ? ¹.

A la vérité, la cessation de paiements est un fait complexe dont il est impossible de déterminer le moment précis, à tel point que le législateur de 1889 a renoncé à le définir.

D'une manière générale, la cessation de paiements, c'est la détresse, c'est la perte du crédit, c'est la vie commerciale qui ne fonctionne plus régulièrement ; bien entendu, il s'agit d'une crise effective, car le commerçant qui obtient des délais ou des renouvellements de billets ne peut pas être inquiet, s'il paie aux échéances nouvelles.

Est-ce à dire que la cessation de paiements doive être totale ? Non : l'inexécution de quelques engagements peut être suffisante pour faire présumer l'ébranlement du crédit ; sans quoi, pour échapper à la nécessité de réclamer la liquidation judiciaire, il suffirait au commerçant d'acquitter quelques dettes de modique importance ². Par contre, ce ne serait pas assez du refus d'un

¹ Sic Rataud à son cours. Adde Paris, 3 mars 1879 (*J. Trib. comm.*, t. XXVIII, p. 67) ; 4 juillet 1881 (*ibid.*, t. XXXI, p. 75) ; Trib. de Clermont (jug. commercial), 23 nov. 1892 (*J. des Faill.*, 1893, p. 332) ; Cour de Toulouse, 31 janv. 1893 (*J. des Faill.*, 1893, pp. 213 et suiv.) ; Cour d'Angers, 7 mars 1893 (*J. des Faill.*, 1893, pp. 208 et suiv.).

² Massé, *Droit commercial*, t. II, n^o 1149.

seul paiement, du moins en règle générale, car le seul défaut de payer un effet important ou d'exécuter un jugement pourrait être regardé comme suffisamment grave pour que le débiteur sente le besoin de recourir à la liquidation judiciaire.

Si la quantité de dettes non payées n'est pas prise en considération, la quantité de créanciers auxquels il est dû n'importe pas davantage ; il est de jurisprudence, en effet, que le commerçant, qui ne désintéresse pas son unique créancier, s'expose au danger de réclamer la liquidation judiciaire ¹.

Mais doit-on s'attacher à la qualité *commerciale* ou *civile* des dettes ? Malgré la généralité des termes de l'article 1^{er} qui ne distingue pas la nature des créances non payées, il est conforme à l'esprit de la loi de 1889, de même qu'à la jurisprudence en matière de faillite, de ne relever que le non-paiement des dettes commerciales : le refus d'acquitter des obligations purement civiles, étrangères au commerce, ne suffirait donc pas pour constituer la cessation de paiements et motiver la liquidation judiciaire ; et de fait, violer ses engagements comme particulier, sans y manquer comme commerçant, ne fait pas perdre le crédit commercial qui est le signe négatif de la cessation de paiements ². Cepen-

¹ Cass. Req., 7 juill. 1841, et Ch. civ., 6 déc. 1841 (*Gazette* des 18 juill. et 19 déc. 1841) ; Rataud, à son cours ; Bédarride, n° 58, p. 53.

² Trib. comm. Annecy, 3 fév. 1888 (Mon. Lyon, 17 avril 1888) ; Caen, 5 avril 1881 (Dalloz, v° *Faillites*, supp., n° 257) ; Aix, 9 nov. 1887 (Rec. d'Aix, 1887, 1, 293) ; Grenoble, 17 avril 1888 (Rec. de Grenoble, 1888, 174) ; Cass., 9 août 1849 (S., 49, 1, 617) et 2 déc.

dant, si le débiteur venait à ne point satisfaire à ses engagements civils et à quelques obligations commerciales tout à la fois, le refus de payer les dettes civiles pourrait être pris en considération pour savoir s'il y a ou non cessation de paiements ¹.

§ 3. — De la Bonne foi.

La cessation de paiements n'entraîne plus invariablement la faillite; mais alors il faut que le commerçant puisse être à tout le moins *présumé* malheureux et de bonne foi.

C'est une condition toute morale, qui n'est pas formellement inscrite dans la loi, mais qui résulte d'une manière implicite des travaux préparatoires que nous connaissons.

En effet, les auteurs de la loi de 1889, voulant établir une distinction entre le débiteur victime d'une fortune contraire et celui qui connaît à fond l'art de frauder ses créanciers, ont atténué la faillite pour l'un et maintenu la législation ancienne pour l'autre; ils ont organisé deux situations parallèles : ils ont fait de la liquidation judiciaire la prime accordée à l'honnêteté et même la règle pour le commerçant qui a cessé ses paiements, tandis que la faillite est devenue l'exception, le châtiment de la négligence ou de la faute.

1868 (S., 69, 1, 128. D., 69, 1, 129). Adde Boistel, n° 896; Boulay-Paty, *Traité des faillites*, réédité par Boileux, 1849, nos 26 et 34; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2570.

¹ Cass., 12 juill. 1881 (S., 82, 1, 64); 1^{er} mai 1882 (S., 82, 1 376); 25 avril 1883 (S., 83, 1, 247).

On peut dire encore que la condition de la bonne foi se trouve sous-entendue dans la loi, car la concession de la liquidation judiciaire n'est pas irrévocable : si, par la suite, on vient à acquérir la conviction que le bénéficiaire ait été fausement présumé de bonne foi, on *peut* et, dans certains cas, on *doit* substituer l'état de faillite (art. 19).

Vouloir définir la bonne foi serait nous attarder inutilement à l'explication d'un fait plus complexe que la cessation de paiements ; c'est une chose essentiellement contingente, résultant des circonstances les plus diverses, variable à l'infini comme toutes questions intentionnelles. Disons cependant que, pour obtenir le bénéfice de la liquidation judiciaire, on ne doit pas avoir été déclaré en cet état de faillite qui est le partage des imprudents ou des dissipateurs ; cela va de soi.

SECTION II

CONDITION DE FORME. — JUGEMENT DÉCLARATIF DE LIQUIDATION JUDICIAIRE

La déclaration de liquidation judiciaire, de même que la mise en faillite, doit être prononcée par la justice.

Dans cette seconde section, nous étudierons la demande à fin de liquidation, — la juridiction compétente qui l'accueille, — la procédure du jugement

déclaratif — et les voies de recours dont ce jugement est susceptible.

§ 1^{er}. — De la Demande à fin de Liquidation judiciaire.

La liquidation judiciaire doit être demandée sous forme de requête; les seules personnes qui puissent la réclamer sont : le débiteur commerçant, les héritiers du commerçant et la société commerciale (art. 1, 2, 3).

A. — De la requête présentée « par le commerçant. »

Nous traiterons successivement de la présentation, du délai de présentation et de la teneur de la requête.

a. — De la présentation de la requête.

Aux termes de l'article 2, al. 1 : « *La liquidation judiciaire ne peut être ordonnée que sur requête présentée par le débiteur au tribunal.....* »

Le débiteur pourra faire lui-même le dépôt de sa requête au greffe. Mais, pour cette présentation, lui est-il interdit de prendre un mandataire? Nous ne le croyons pas, ou bien alors il faudrait, sans motif juridique, déroger aux principes de droit commun qui dominant la matière du mandat et dénier au commerçant illettré, ou qui se trouve dans l'impuissance de signer son nom, la faculté d'être admis à la liquidation

judiciaire¹. Mieux vaut dire que la requête peut être présentée soit personnellement, soit par l'intermédiaire d'un agréé ou d'un mandataire ayant pouvoir spécial; seulement, nous verrons que le débiteur doit comparaître en personne, à moins d'excuses valables, en chambre du conseil, pour y fournir des explications (art. 4, al. 1) : or, comme le tribunal peut être disposé à l'entendre immédiatement, il fera bien de se trouver en personne à l'audience de présentation.

C'est au débiteur à prendre l'initiative de la requête. En conséquence, tandis que la faillite peut être déclarée sur l'aveu du failli, — sur la demande d'un ou de plusieurs de ses créanciers (purs et simples, à terme ou sous condition, gagistes, privilégiés ou hypothécaires, peu importe), — ou bien d'office par le juge², la liquidation judiciaire ne peut être ordonnée que sur la demande du débiteur : lui seul a la faculté d'en provoquer l'ouverture, en vertu d'un droit exclusivement attaché à sa personne³.

C'est principalement le caractère personnel de la liquidation judiciaire qui a fait refuser au tribunal et aux créanciers le droit de la prononcer d'office ou de s'en prévaloir⁴.

¹ Du reste, la première rédaction de l'article 2 portait : « *La liquidation judiciaire ne peut être ordonnée que sur la présentation du débiteur lui-même...* » La suppression intentionnelle du mot : « *lui-même* » dans la rédaction définitive renforce notre thèse (V^e Rapport Demôle au Sénat, n^o 440, p. 4).

² C. comm., art. 440.

³ C. civ., art. 1166.

⁴ V^o Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit commercial*, 2^e édit., 1894, p. 906, n^o 1197^d.

On a pensé, en effet, que l'ordre public autorise bien les juges à se saisir eux-mêmes et à déclarer d'office la faillite, mais qu'il ne saurait leur conférer le pouvoir de suppléer l'appréciation personnelle de l'intéressé et de lui imposer un bénéfice qu'il n'a pas réclamé au nom de sa bonne foi.

D'un autre côté, il est des cas où les créanciers ont un intérêt manifeste à ce que leur débiteur soit mis en état de liquidation judiciaire, par exemple lorsque celui-ci, voulant quand même conjurer une ruine certaine, est sur le point de se laisser aller aux propositions sinistres de quelque agent d'affaires. Mais les créanciers connaissent mal la situation de leur débiteur, et les débats que susciterait le dépôt de leur requête les mettraient la plupart du temps dans l'obligation d'établir la preuve difficile et périlleuse de l'existence de la cessation de paiements ; et puis, la faculté reconnue aux créanciers d'introduire l'instance serait la négation du principe même de la liquidation judiciaire, puisque cette procédure doit être la récompense d'une déclaration honnête et spontanée du débiteur venant réclamer l'intervention de la justice.

Les créanciers peuvent-ils tout au moins forcer leur débiteur à solliciter la liquidation judiciaire ? Non, toujours pour ce motif qu'elle est subordonnée à la volonté du débiteur d'attester son honorabilité par une requête auprès du tribunal. Cependant les créanciers, qui désireraient profiter des avantages que leur offre une liquidation judiciaire, pourront y contraindre le débiteur en réclamant sa mise en faillite ; car le droit de demander la liquidation judiciaire appartient au

débiteur assigné en déclaration de faillite pendant la période où la requête en liquidation judiciaire lui est possible (art. 2, al. 1, 2^e phrase ¹).

Il y a donc un délai pour déposer la requête : quel est-il ?

b. — Du délai de présentation de la requête.

La requête introductive d'instance doit être déposée dans les *quinze jours* de la cessation de paiements du débiteur (art. 2, al. 1, 1^{re} phrase ²).

¹ Chambre des Députés, séance du 18 oct. 1888, et deuxième Rapport au Sénat. A l'inverse, les créanciers peuvent-ils intervenir pour s'opposer à la demande de liquidation judiciaire que le débiteur a faite ? Non, la seule façon pour eux de mettre cette demande en échec, c'est de demander par assignation ou par requête la faillite, et alors il est statué par un seul jugement, ainsi que le prescrit le dernier alinéa de l'article 4 (*infra*, pp. 157 et suiv.).

² *Dispositions transitoires.* — L'article 25, alinéa 1, de la loi du 4 mars 1889, apporte une exception au principe d'après lequel la requête doit être présentée dans la quinzaine de la cessation de paiements : il a trait aux faillites *non déclarées ou non définitives au moment de la promulgation de la loi*. En effet, les commerçants qui, au moment de la promulgation de la loi, se trouvent en état de cessation de paiements, mais dont la faillite n'est pas encore déclarée, quelle que soit l'époque à laquelle remonte leur cessation de paiements, — ou bien encore les commerçants qui, au moment de la promulgation de la loi, sont déjà déclarés en faillite, mais dont le jugement déclaratif de faillite n'est pas passé en force de chose jugée, comme pouvant être encore attaqué par la voie de l'opposition ou de l'appel, — peuvent obtenir le bénéfice de la liquidation judiciaire. Cette faculté s'exercera devant la juridiction saisie : par conséquent, si la juridiction saisie est une Cour d'appel, c'est auprès de cette Cour que sera déposée

Le même délai est étendu à la faillite : en effet, dans l'art. 23, al. 2, la loi de 1889 modifie ainsi le premier paragraphe de l'article 438 du Code de commerce : « *Tout failli sera tenu, DANS LES QUINZE JOURS (au lieu de : dans les trois jours) de la cessation de ses paiements, d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce de son domicile. Le jour de la cessation de paiements sera compris DANS LES QUINZE JOURS (au lieu de : dans les trois jours;)* » et dans son art. 23, al. 3, elle change de la même façon le numéro 4 de l'énumération faite par l'article 586 du Code de commerce, dont voici la nouvelle rédaction : « *Pourra être déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouvera dans un des cas suivants : — 4° Si, DANS LES QUINZE JOURS (au lieu de : dans les trois jours) de la cessation de ses paiements,*

la requête. Mais, dans tous les cas, la requête à fin de liquidation judiciaire devra être présentée par le débiteur dans la quinzaine de la promulgation de la loi (art. 25, al. 1). Ces mesures, édictées en quelque sorte exclusivement en vue de la Société du Canal de Panama, n'ont été d'aucune utilité (*Supra*, p. 85, note 2).

Quant aux *faillites en cours*, c'est-à-dire quant aux faillites déclarées antérieurement à la promulgation de la loi, mais *non encore closes*, elles continuent d'être régies par les dispositions du code de commerce : ainsi, pour ces faillites en cours, la majorité concordataire sera des trois quarts et non pas des deux tiers ; toutefois, sont applicables à ces faillites les dispositions de la présente loi concernant l'institution des *contrôleurs* (art. 25, al. 2). Ces contrôleurs seront nommés sur l'initiative, non pas des syndics, mais des créanciers réunis soit en assemblée réglementaire à raison d'une des opérations de la faillite, soit en assemblée extraordinaire et spéciale après convocation du juge-commissaire ; et ils n'auront droit de critique que sur les opérations actuelles et futures de la faillite, jamais sur les actes consommés. (V^e réponse du Rapporteur à la question posée par M. Léon Renault, au Sénat, séance du 17 janvier 1889.)

il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les articles 438 et 439, ou si cette déclaration ne contient pas les noms de tous les associés solidaires. » Mais cette extension, que rendait pourtant nécessaire la concordance des textes, est devenue pratiquement, en matière de faillite, une parfaite inutilité; car le commerçant qui déposera son bilan dans la quinzaine, préférera toujours solliciter la liquidation judiciaire plutôt que provoquer sa mise en faillite¹.

Le but du bref délai de quinzaine fixé pour la remise de la requête, est de presser le plus possible les commerçants à faire, au plus vite, le sincère aveu de leur détresse à la justice, et ainsi d'éprouver leur bonne foi, l'absence chez eux de faute lourde ou de fraude. On objecte, il est vrai, que l'ancien délai de trois jours est amplement suffisant, qu'un commerçant, connaissant son état de cessation de paiements dès qu'il se produit, n'a véritablement pas besoin de délai, et que lui en accorder un de quinzaine, c'est l'inviter, jusqu'à son expiration, à saisir au passage toutes les tentatives frivoles d'un relèvement apparent. L'objection n'est pas sans valeur, quoique cependant le moment précis de la cessation de paiements ne soit pas toujours si facile à déterminer. Mais le législateur a voulu se montrer

¹ Si, pour calculer le délai, on doit prendre comme point de départ le jour même de la cessation de paiements (art. 23, al. 2), le délai de la requête ne comporte en réalité que quatorze jours : le législateur prend les mots « *quinze jours* » dans le sens que leur donne le langage courant « deux semaines » ; si bien qu'un commerçant, qui viendrait à cesser ses paiements le 1^{er} août, devrait présenter sa requête le 15 août au plus tard. Il y a là une dérogation aux règles générales en matière de délai.

indulgent vis-à-vis de ce débiteur dont il voulait améliorer la situation, et il s'est dit qu'obtenir des commerçants le dépôt de leur bilan dans les quinze jours de la cessation de leurs paiements serait réaliser un progrès très appréciable sur les pratiques d'autrefois ; et puis, il se peut que la cessation de paiements ne soit que momentanée, par exemple par suite de retards apportés à un envoi de fonds sur lequel on comptait : le délai de quinzaine permettra au débiteur d'attendre que la situation se trouve clairement compromise pour en faire l'aveu ¹.

Quelle est maintenant la sanction de la présentation de la requête dans le délai légal ? Est-ce nécessairement son rejet ? ou bien au contraire le tribunal, convaincu de l'innocence absolue du débiteur, peut-il, malgré sa déclaration tardive, lui reconnaître le bénéfice de la liquidation judiciaire ?

La question est très délicate.

Dans un premier système on soutient que le délai de quinzaine, accordé pour la présentation de la requête, est un délai fatal. En effet, le texte de l'article 2 est formel : « *La liquidation judiciaire NE PEUT ÊTRE ordonnée QUE sur requête présentée par le débiteur..... DANS LES QUINZE JOURS de la cessation de ses paiements* ¹. » En outre, le législateur s'est proposé d'enrayer les déclarations tardives de cessation de paiements ; or, il manquerait son but s'il n'avait pas enlevé au débiteur tout espoir d'obtenir la liquidation judiciaire à l'expiration du délai

¹ Sic Rataud, à son cours ; Boistel, *op. cit.*, p. 4493. V^o Discours Barré, Chambre des Députés, séance du 16 oct. 1888.

déjà long qu'il lui a fixé. Cette solution, pour être sévère, n'en est pas moins conforme à l'esprit comme à la lettre de la loi ¹.

A l'inverse, on prétend que la requête tardive n'empêche pas l'obtention de la liquidation judiciaire. En effet, en vertu de l'article 19, al. 1, 1^o, le tribunal *peut*, si la tardivité est découverte *après* l'admission à la liquidation judiciaire, ne pas prononcer la faillite; et c'est avec intention que le législateur a déferé cette faculté, car le 2^o alinéa du même article contient l'énumération de toute une série de cas où la liquidation judiciaire *doit* être déclarée. Dès lors, si le tribunal, après avoir admis le débiteur à la liquidation judiciaire, peut lui en laisser encore le bénéfice, quoique plus tard on constate que la requête n'a pas été présentée dans le délai de quinzaine, comment expliquer qu'il ne puisse pas dès le début lui accorder cette faveur, quand bien même elle lui aurait été tardivement demandée? En présence de l'antinomie qui résulte de la comparaison des articles 2 et 19, mieux vaut répondre à l'esprit humanitaire de la loi en adhérant à la solution favorable qui ressort du second des articles cités ².

¹ Trib. comm. Rennes, 40 mai 1889 (S., 90, 2, 57); Trib. comm. Seine, 41 juin 1889 (*J. des Faill.*, 1889, 344); Rennes, 41 juin 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 2, 31; S., 90, 2, 57; D., 89, 2, 193); Paris, 19 mai 1892 (*Gaz. Pal.*, 92, 2, 242). Adde Fremont et Camberlin, *Code pratique des Liquidations et Faillites*, Paris, 1889-90, t. I, n^o 49 *in fine*; Rivière, p. 33.

² Lyon, 5 juin 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 2, 89); Paris, 5 juin 1891 (*Gaz. Pal.*, 91, 2, 88). Adde Labori, *Répertoire encyclopédique du Droit français*, 1893, t. VII, p. 379, n^o 719; Lyon-Caen, *Manuel*, p. 908,

L'objection est grave, et il est certain que la solution empruntée à l'article 19 ménage d'une manière plus étroite les droits de tous les intéressés; en effet, une déclaration immédiate de faillite serait irrévocable contre le débiteur, tandis que la déclaration de liquidation judiciaire, sans compromettre le droit des créanciers, laisse le champ libre à toutes les réclamations et à une déclaration de faillite dans le plus bref délai (art. 2, al. 1; art. 4, al. 3).

Cependant, l'argument tiré de l'article 19, al. 1, 1^o, n'est pas absolument décisif; car on peut dire que le délai de quinzaine est un délai fatal, parce que, même au cas où le tribunal aurait prononcé l'ouverture de la liquidation judiciaire, il conserve, toujours en vertu de l'article 19, al. 1, 1^o, la liberté de prononcer la faillite, s'il reconnaît que le dépôt de la requête n'a pas été effectué dans les quinze jours de la cessation de paiements. Et puis, est-il rigoureusement impossible de comprendre que le tribunal n'ait pas, lors de la présentation de la requête, la latitude que la loi lui reconnaît au cours des opérations de la liquidation, de constater le retard de la demande et cependant de ne pas en faire un cas de faute lourde pour le débiteur? Pas du tout; on comprend très bien au contraire que le

n^o 1197^b, a; Boistel, lui aussi (pp. 1194 et suiv.), se rallie à cette opinion, après avoir tout d'abord adopté le système contraire (Note sous Rennes, 11 juin 1889, D. 89, 2, 193); en conséquence, pour réparer un « oubli » manifeste du législateur, il propose de modifier l'article 2 en y introduisant la faculté inscrite dans l'article 19.

même fait soit de nature à écarter une faveur et ne suffise pas nécessairement à la retirer à celui qui en est l'heureux bénéficiaire.

Nous concluons donc que la tardivité de la demande entraîne forcément son rejet.

c. — De la teneur de la requête.

Il nous reste à déterminer quelle est la teneur de la requête et quelles pièces doivent lui être jointes.

La requête contient la date, le nom du requérant, sa qualité, son domicile, la mention et la date de la cessation des paiements, et l'objet de la demande.

Dans tous les cas, le commerçant joint obligatoirement à sa requête son bilan et une liste indiquant le nom et le domicile de tous ses créanciers (art. 2, al. 2)¹.

Le bilan, c'est la balance établie entre l'actif et le passif du débiteur d'après ses livres de comptabilité. Il contient : 1° l'état de l'actif, c'est-à-dire l'énumération détaillée et l'évaluation de tous les biens meubles ou immeubles du commerçant ; 2° l'état du passif dans lequel se trouvent énoncés le nom de chaque créancier, la somme qui lui est due et la cause de sa créance ; 3° le

¹ L'une et l'autre pièce, qui devaient être sur timbre comme toutes pièces produites en justice, sont dispensées de cette formalité depuis la loi de finances du 24 juin 1892. Ajoutons que le commerçant, qui présente sa requête au cours d'une instance en déclaration de faillite, produit en outre la copie de l'assignation qui lui a été délivrée. — Les Lois belge (art. 441, al. 2), italienne (art. 686, al. 2), hongroise (art. 244), prescrivent de déposer au greffe du tribunal les livres de commerce en même temps que le bilan.

compte des profits et pertes ; 4° le tableau des dépenses. Le tout est daté, signé et certifié conforme par le débiteur (C. comm., art. 439, et Loi de 1889, art. 24).

Les diverses parties du bilan ont été conçues avec sagesse. Ainsi l'état de l'actif et celui du passif indiquent la situation matérielle du requérant, la proportion entre le doit et l'avoir. Les autres énonciations mettent plutôt en relief les causes, les circonstances, le côté moral de la demande. On ne s'accorde pas sur le nombre d'années qu'il est nécessaire de relever pour établir le tableau des profits et pertes et celui des dépenses personnelles du débiteur ; et cependant c'est chose importante, puisque le débiteur qui s'est livré à des prodigalités est passible d'une condamnation en banqueroute simple (C. comm., art. 585, al. 1). Remonter jusqu'à l'époque de l'entrée dans les affaires, quelque reculée qu'elle puisse être, serait juste, mais excessif ; il suffit, croyons-nous, que le tableau des profits et pertes et celui des dépenses mentionnent les profits, les pertes et les dépenses éprouvées dans les dix dernières années qui ont précédé la cessation de paiements, car le débiteur dresse son bilan d'après ses livres qu'il ne doit légalement conserver que pendant dix ans (C. comm., art. 11).

Du reste, de même que l'usage a admis dans la plupart des tribunaux de commerce que le bilan déposé par le failli peut être sommaire et contenir seulement un état de l'actif et du passif, ainsi le bilan qui accompagne la requête du liquidé est tout provisoire¹. Il est

¹ La phrase de style est à peu près la suivante : « *que son bilan d'ailleurs commencé n'a pu être achevé*.... »

de fait que la conscience que l'on a de son état de cessation de paiements n'implique nullement la connaissance du chiffre précis de toutes ses dettes. Les créanciers n'y perdront rien ; car le bilan pourra être rectifié en cas d'erreurs et complété par l'*état de situation* que doit présenter le liquidé lors de la première réunion de ses créanciers (L. 1889, art. 9).

Quant à la liste des créanciers, son objet est de mettre le greffier rapidement à même de faire connaître aux créanciers l'ouverture de la liquidation judiciaire et de leur adresser une première convocation (art. 9).

La sanction de la sincérité du bilan et de l'exactitude de la liste est sévère : c'est pour le tribunal l'obligation de déclarer la faillite (art. 19, al. 2, 2°), et même, dans l'espèce, la mauvaise foi du débiteur pourrait entraîner une déclaration en banqueroute frauduleuse (C. comm., art. 591).

B. — *De la requête présentée « par les héritiers du commerçant. »*

C'eût été une injustice d'établir une différence entre le commerçant décédé et celui qui est encore vivant, en refusant à l'un la faveur de la liquidation judiciaire qui est faite à l'autre, alors qu'ils ont témoigné au regard de tous d'une égale bonne foi. Il y va de l'intérêt des héritiers de prévenir la flétrissure de la faillite qu'aurait évitée, s'il avait vécu, le défunt dont ils continuent juridiquement la personne ; c'est aussi l'avantage des créanciers qui ont tout lieu d'espérer des héritiers des sacrifices plus considérables en vue d'un

concordat ; et puis, il semblait naturel de combler une lacune de la Loi de 1838, qui ne permet de prononcer la faillite après décès qu'à la requête des créanciers ou bien sur l'initiative du tribunal (C. comm., art. 437 *in fine*). Pour ces motifs, on admit les héritiers à demander la liquidation judiciaire de la succession de leur auteur (L. 1889, art. 2, al. 3)¹.

Le mot : *héritiers*, comprend ici non seulement les parents du *de cujus* qui lui succèdent *ex lege* (C. civ., art. 723), mais encore les personnes qui tiennent leurs droits de la volonté du *de cujus*, ainsi que les successeurs irréguliers, comme l'enfant naturel légalement reconnu, le conjoint survivant (C. civ., art. 338, 756, 767, 768). Peu importe même que ces héritiers se trouvent non commerçants, incapables ou dans l'impossibilité de faire le commerce, tels que des mineurs âgés de moins de dix-huit ans.

Toutefois les héritiers du commerçant, décédé dans les quinze jours de la cessation de ses paiements, c'est-à-dire dans le délai voulu pour obtenir le bénéfice de la loi nouvelle, ne peuvent requérir la liquidation judiciaire de la succession de leur auteur que sous les conditions suivantes :

1° Il faut que la requête, accompagnée du bilan et de la liste des créanciers, soit présentée *dans le mois* qui suit le décès du *de cujus* (L. 1889, art. 2, al. 3)². On

¹ Cette disposition ne figurait pas dans le texte primitif de la loi en raison du caractère personnel qui, dans la pensée du législateur, affecte la liquidation judiciaire (V° Introd., pp. 77 et suiv.).

² Tandis que la faillite peut être déclarée *dans l'année* qui suit le décès (C. comm., art. 437 *in fine*).

comprend, en effet, qu'il faille laisser le moins longtemps possible incertains la liquidation des successions et les actes qui en dérivent; c'est pour cela qu'on retranche aux successibles l'intervalle de trois mois pour faire inventaire et celui de quarante jours pour délibérer, dont ils jouissent habituellement (C. civ., art. 795 et 797, et C. pr. civ., art. 174).

2° Si le commerçant décède laissant plusieurs héritiers, il faut que la requête soit présentée au nom de tous les cohéritiers. C'est là une dérogation au principe de droit commun que chaque héritier n'agit que pour son compte personnel. Mais la liquidation judiciaire constitue une opération indivisible, elle ne peut pas être faite pour une part de succession, la preuve en est dans la rédaction même de l'art. 2, al. 3 : « *Peuvent être admis.... LES HÉRITIERS qui....* » ; en sorte que la volonté d'un seul héritier suffit pour contrecarrer l'initiative des autres et empêcher le tribunal d'ouvrir la liquidation judiciaire.

Le délai d'un mois à dater de la mort du *de cuius* est très suffisant, si les héritiers sont tous présents et majeurs; mais il semble court, s'il se trouve parmi eux des absents, des mineurs ou des incapables et qu'il faille organiser des tutelles, demander des autorisations aux conseils de famille, etc. : dans ce cas, la demande de liquidation judiciaire, qui doit être considérée comme un acte conservatoire des biens et de l'honneur du défunt, pourra être faite dans le mois par les représentants légaux des mineurs ou des incapables, et le tribunal ou bien rejettera d'emblée cette demande isolée, ou bien attendra pour statuer, non pas qu'elle ait reçu sa régu-

larisation définitive, mais qu'elle ait été simplement complétée par celle des autres héritiers.

3° Enfin, il faut que les héritiers justifient avoir accepté la succession de leur auteur soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire (art. 2, al. 3).

En quoi consiste cette justification ?

Et d'abord, le tribunal est libre dans certains cas, s'il y va de l'intérêt général de la masse, d'exiger de l'impétrant la justification de sa qualité même d'héritier par un extrait d'intitulé d'inventaire ou au moyen d'un acte de notoriété.

Maintenant, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire résulte du certificat d'inscription sur le registre à ce destiné, que délivrera le greffier du tribunal civil du lieu où la succession s'est ouverte (C. civ., art. 793).

Quant à l'acceptation pure et simple, elle peut être expresse ou tacite : est-elle expresse, le successible n'a qu'à produire l'acte authentique ou sous seing privé dans lequel il a pris le titre ou la qualité d'héritier (C. civ., art. 778); est-elle tacite, le tribunal devra examiner si le fait invoqué implique nécessairement l'intention d'accepter l'hérédité.

Nulle autre condition n'est requise pour l'efficacité de la requête présentée par les héritiers du commerçant.

C. — *De la requête présentée « par une société commerciale. »*

Pour être admise au bénéfice de la liquidation judiciaire, une société commerciale doit, dans les quinze

jours de la cessation de ses paiements, déposer au greffe une requête, accompagnée de son bilan et d'une liste indiquant les nom et domicile de tous ses créanciers ; jamais l'ouverture ne sera demandée par ses créanciers. Il n'y a donc pas lieu de distinguer, au point de vue de la demande à fin de liquidation judiciaire, si le débiteur est un individu ou une société (L. 1889, art. 2, al. 1 et 2 ; art. 3).

S'agit-il d'une société *en nom collectif* ou *en commandite*, la requête contient le nom et l'indication du domicile de tous les associés dans le premier cas, et des ou de l'unique commandité dans le second cas ;* elle est signée par le ou les gérants qui ont la signature sociale, par conséquent elle est signée du gérant ou de tous les gérants à la fois (art. 3, al. 1)¹. De là découle la nécessité de déterminer d'une façon précise, dans les nouvelles constitutions de sociétés en nom collectif ou en commandite, le pouvoir des gérants de demander, en cas de cessation de paiements, la faveur de la liquidation judiciaire. En effet, d'après l'article précité, l'associé ou les associés ayant la signature sociale peuvent réclamer la liquidation judiciaire sans que les autres intéressés solidaires aient la faculté de s'y opposer, et le mauvais vouloir d'un seul associé ayant la signature sociale peut causer le rejet de la liquidation judiciaire de la société ; il sera donc utile d'insérer dans le pacte social une restriction obligeant ceux qui ont la

En disant que la requête « est signée par celui ou ceux des ASSOCIÉS ayant la signature sociale », la loi suppose que le gérant est un associé. — Cf. C. comm., art. 438, al. 2, qui ne parle que de la société en nom collectif.

signature sociale à prendre l'avis préalable des autres intéressés solidaires, ou bien une stipulation destinée à empêcher que le simple *veto* de l'un des gérants n'entraîne la faillite.

En cas de cessation de paiements d'une société *anonyme*, la requête est signée par le directeur ou par l'administrateur qui en remplit les fonctions (art. 3, al. 2). Il n'est donc pas nécessaire, s'il y a un directeur, que tous les administrateurs signent; et par ailleurs on remarquera que la société anonyme, étant plutôt une association de capitaux qu'une association de personnes, ne porte pas dans sa requête, à la différence de la société en nom collectif ou en commandite, la mention du nom et du domicile de tous ou de quelques-uns des associés¹.

Il peut arriver qu'une société dissoute et en liquidation se trouve par surcroît en état de cessation de paiements et qu'on veuille, pour éviter la faillite, la faire mettre en état de liquidation judiciaire : qui signera la requête? Ce ne seront pas les anciens gérants, directeur ou administrateur, puisque leurs pouvoirs ont complètement cessé et qu'il serait antijuridique de les faire renaître. Bien que l'article 3, pris à la lettre, semble

¹ La loi n'avait pas à parler ici des sociétés en participation qui, nous le savons (*Supra*, p. 108), n'ont pas une individualité commerciale au regard des tiers : chaque associé n'est engagé vis-à-vis des tiers que dans les limites de ses agissements personnels ; par conséquent, chacun des associés pourra individuellement et sans le concours des autres demander sa liquidation judiciaire, de même que chacun d'eux peut être mis personnellement en état de faillite.

indiquer d'une manière restrictive les personnes qui ont seules qualité pour demander la liquidation judiciaire d'une société, on est bien obligé d'admettre que dans l'espèce la requête sera signée par le liquidateur social.

2. — De la Juridiction compétente pour déclarer la Liquidation judiciaire.

Ratione materiæ, c'est le tribunal de commerce qui est compétent pour mettre le débiteur en état de liquidation judiciaire, c'est même le seul qui le soit (arg. L. 1889, art. 2, al. 1). En conséquence, les tribunaux civils ou répressifs se trouvent frappés d'une incompétence absolue et d'ordre public, qui peut être opposée par toute personne intéressée et par le ministère public¹.

¹ Sic Danjon, Professeur à la Faculté de droit de Caen, à son cours; Labori, *op. cit.*, t. VII, 1893, p. 380, n° 730. Au contraire, il est de jurisprudence que la compétence du tribunal de commerce en matière de faillite n'est pas exclusive, mais simplement normale, et que la faillite peut être déclarée *incidemment aux litiges* par les tribunaux civils ou correctionnels, voire même par la Cour d'assises (Cass., 24 juin 1864, D., 64, 1, 450; Metz, 20 déc. 1865, D., 66, 2, 40. Adde Alauzet, n°s 2424-2425; Bravard, t. VI, pp. 3 et suiv. — Contra Rataud, à son cours; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, n°s 2647 et suiv.; Boistel, n° 898; Delamarre et Lepoitvin, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, 1860-1864, t. VI, n°s 26-41; Demangeat, t. V, p. 66 et note 2, p. 197 et note 2; Massé, t. II, n°s 1166-1167; Laurin, *Cours élémentaire de Droit commercial*, 3^e édit. 1890, n° 958; Namur, *Le Code de commerce belge révisé*, Bruxelles-Paris, 1877, t. III, n° 1624). Cette opinion de la jurisprudence, contraire au sentiment des auteurs,

Ratione personæ, nous distinguerons le cas de l'individu commerçant de l'hypothèse de la société commerciale.

La liquidation judiciaire est prononcée par le tribunal de commerce du domicile du débiteur vivant ou décédé (art. 2, al. 1), ou bien, s'il n'existe pas de tribunal de commerce dans l'arrondissement, par le tribunal de première instance qui en remplit la fonction¹.

Le législateur veut parler ici du domicile commercial du débiteur. Ainsi pour la femme mariée, valablement autorisée à faire le commerce, et qui peut avoir par ce fait même un domicile distinct de celui de son mari, c'est le tribunal du lieu où se trouve son domicile commercial qui sera compétent ; la même solution s'appliquerait au mineur émancipé.

Il peut arriver que le commerçant possède dans le ressort de divers tribunaux des magasins et des usines relatifs à une même exploitation industrielle ; un seul tribunal devra se déclarer compétent : ce sera le tribunal de la localité où le débiteur a son principal établissement, c'est-à-dire celle où il a fixé sa résidence ordinaire, le paiement de sa cote personnelle, l'exercice de ses droits électoraux, etc.². Mais si les exploitations

est la seule, croyons-nous, qui doive être soutenue aujourd'hui, pour peu qu'on se reporte à la disposition consacrée par la nouvelle loi dans son article 19, al. 2, 4^o (*V^o infra*, pp. 414-416).

¹ Comme pour la faillite (C. comm., art. 438, al. 1, et 440).

² Il y aurait lieu à règlement de juges, si deux tribunaux, ne ressortissant pas à la même Cour, se déclaraient simultanément compétents (Cass. Req., 9 août 1881, D., 82, 1, 408 ; Cass. Req., 30 janv. 1882, *J. des Faill.*, 1882, p. 128).

ne présentent entre elles rien de commun, comme une distillerie, une fabrique de tabacs, une agence télégraphique, il est probable que la jurisprudence, qui conçoit, contrairement à l'opinion plus juridique et plus satisfaisante de la doctrine, la simultanéité de deux faillites pour une même personne, admettra la possibilité d'une double ou triple liquidation judiciaire, ayant chacune une organisation spéciale, une procédure distincte et une masse séparée¹.

En ce qui concerne maintenant les sociétés commerciales, la liquidation judiciaire est prononcée par le tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son « *siège social* » ; mais, à défaut de siège social en France, comme la requête ne peut être déposée qu'auprès d'un tribunal français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel la société a son « *principal établissement* » (art. 3, al. 3).

Cette rédaction est due à la manière de voir du Sénat, qui estimait sans doute que le principal établissement d'une société se trouve le plus souvent à son siège social. Préférable était l'opinion de la Chambre, qui avait déclaré toujours compétent le tribunal dans le ressort duquel la société a son principal établissement, parce que c'est là que doit être prononcée la faillite (C. comm., art. 438, al. 2). En effet, une société

¹ Pour la Doctrine : v° Lyon-Caen, *Manuel*, p. 906, n° 1497° et *Précis*, t. II, n° 2582 ; Boistel, *op. cit.*, p. 667, n° 899 ; Bravard, t. V, p. 43 ; Beudant, note Dalloz, 1868, t. II, p. 113 ; Carle, *op. cit.*, n° 22, p. 40, note 49).

Pour la Jurisprudence : Cass., 23 août 1853 (S., 55, 4, 829 ; D., 55, 1, 59). Adde Alauzet, t. VI, n° 2430 ; Namur, t. III, n° 1605.

commerciale obtient la liquidation judiciaire sur requête présentée au tribunal de son siège social, et voici que plus tard on découvre son indignité : le même tribunal semble tout indiqué pour prononcer la faillite (L. 1889, art. 19), et cependant il se serait déclaré incompétent s'il eût reçu jadis directement une requête en déclaration de faillite. D'autre part, supposons qu'au greffe du tribunal de son siège social la société dépose une demande à fin de liquidation judiciaire, et que devant le tribunal de son principal établissement elle soit assignée en déclaration de faillite, qu'arrivera-t-il si l'un des tribunaux saisis ordonne la liquidation judiciaire et l'autre la faillite ? Contrairement aux prévisions de la disposition finale de l'article 4, qui envisage uniquement le cas d'un seul tribunal statuant par un même jugement sur la requête en admission au bénéfice de la liquidation judiciaire et sur une assignation en déclaration de faillite, il y aura deux décisions et contrariété de décisions : le différend aboutira à un règlement de juges¹.

¹ Lyon-Caen, *Manuel*, p. 938, n° 1199 bis. — Pour remédier à cette différence dans la compétence du tribunal appelé à déclarer la liquidation judiciaire ou la faillite d'une société commerciale, M. Bailly (*op. cit.*, p. 6, note 2 *in fine*) croit que « en matière de liquidation comme en matière de faillite, le tribunal compétent est celui du *domicile* de la société », et qu'il appartient aux juges de découvrir où est réellement ce domicile ; or, c'est laisser les juges dans la plus vague incertitude. Mieux vaut choisir un ou l'autre endroit et le consigner dans la loi.

§ 3. — De la Procédure du Jugement déclaratif de liquidation.

Nous nous demanderons : Quelle est la procédure préparatoire du jugement déclaratif ? — La liquidation s'impose-t-elle aux juges ? — Quelles dispositions *doit* ou *peut* contenir le jugement déclaratif ? — Et quelle en est la publicité ?

A. — De la Procédure préparatoire du Jugement déclaratif.

Le législateur a voulu avant tout une procédure discrète.

« *Le jugement qui statue sur une demande d'admission à la liquidation judiciaire est délibéré en chambre du conseil.... Le débiteur doit être entendu en personne, à moins d'excuses reconnues valables par le tribunal.* » (L. 1889, art. 4, al. 1)¹.

L'admission à la liquidation judiciaire ne compromet en rien les intérêts en cause ; c'est pourquoi les créanciers ne sont pas officiellement avertis de la demande, en principe il n'y a pas de débat contradictoire permettant aux intéressés de discuter les mérites de l'impétrant et le bien-fondé de sa requête.

¹ Cette dernière obligation n'existe pas en matière de faillite, parce que dans l'espèce le tribunal se borne à constater le fait de la cessation de paiements.

A la faveur d'un huis-clos, qui prévient toute publicité fâcheuse, le commerçant comparait seul, et cette comparution facilite une instruction sommaire destinée à éclairer les juges sur sa situation, sur la cause et la date vraie ou approximative de la cessation de ses paiements, sur le dépôt de sa requête dans le délai prescrit, enfin sur sa bonne foi. Comme la remise de la requête dans le délai voulu ne constitue pas un indice certain de malheurs immérités et que dès lors elle ne délivre pas un brevet d'honnêteté, il appartiendra aux juges de vérifier la présomption de bonne foi d'après la sincérité du bilan, d'après l'attitude et les explications du débiteur.

La comparution personnelle du requérant, voilà la garantie la plus précieuse de l'appréciation à élaborer par le tribunal. Aussi, à la différence de la requête qui peut être présentée sans inconvénient par un mandataire, la déposition en justice tombe obligatoirement à la charge du débiteur, en principe l'intervention d'agents d'affaires plus ou moins retors ne pourrait la suppléer; toutefois, si le débiteur se trouvait affecté d'une maladie ou de tout autre impossibilité physique de remplir son obligation, il pourrait, au gré du tribunal, consigner ses explications par écrit, ou les confier à un mandataire, ou encore les donner de vive voix à un juge délégué.

Il est bien entendu que le tribunal, saisi de la demande, n'est point obligé de rendre son jugement avant l'expiration de la quinzaine qui suit la cessation de paiements : la loi dit en effet que la requête devra être déposée dans les quinze jours, mais elle n'enjoint pas de statuer dans le même laps de temps ; le tribunal

pourra donc mettre l'affaire en délibéré et ne rendre son jugement qu'à une audience ultérieure¹.

B. — *De la Latitude laissée au Tribunal d'accorder ou de refuser la Liquidation judiciaire.*

A supposer que le commerçant réunisse toutes les conditions voulues, la liquidation judiciaire s'impose-t-elle aux juges ?

La difficulté de rechercher quelle est au juste la valeur des mots employés dans l'article 1^{er} : « *Tout commerçant qui cesse ses paiements* PEUT OBTENIR, en se conformant aux dispositions suivantes, le bénéfice de la liquidation judiciaire... », a mis en présence deux opinions opposées.

Dans un premier système on soutient que, en dehors des exceptions prévues par l'article 19, le droit pour le débiteur d'arriver à l'ouverture de sa liquidation est absolu. L'expression : « *peut obtenir* » serait donc synonyme de : « *a le droit d'obtenir* », et toute la mission du tribunal se résumerait dans la constatation de l'existence des conditions légales. Cette interprétation est conforme, dit-on, à la lettre même de la loi, qui n'autorise le refus de la liquidation judiciaire que dans les cas prévus par l'article 19; elle dénie au tribunal un pouvoir dangereux d'appréciation sur la moralité du débiteur, à qui les circonstances ont pu tailler une

¹ D'une manière générale, le jugement doit être formé suivant les règles prescrites par les articles 116 et suivants du Code de procédure civile.

situation d'apparence suspecte; enfin, elle sert les intérêts pécuniaires des créanciers, en leur faisant espérer un concordat plus avantageux en raison des sacrifices que s'imposeront les parents du liquidé. Il faut avant tout que le commerçant, qui remplit certaines conditions prescrites par la loi, soit assuré d'éviter la faillite; les créanciers deviendront alors les arbitres de son concordat et, s'ils méconnaissent son indignité, le tribunal sera toujours là pour refuser l'homologation d'un traité scandaleux¹.

Dans un second système, qui est préférable selon nous, on répond qu'investir les créanciers de la mission de juger leur débiteur, c'est donner libre carrière à toutes les manœuvres vénales qui vicient déjà bien assez la préparation des concordats; c'est oublier le rôle des tribunaux de commerce, qui sont les gardiens de la moralité commerciale, et qui ne doivent consentir les bienfaits du nouveau régime qu'à l'homme honnête et accablé par le sort; c'est se méprendre sur le pouvoir d'appréciation que la Loi de 1889 reconnaît aux juges consulaires en exigeant d'eux un jugement délibéré en chambre du conseil et précédé de la comparution personnelle du débiteur.

Pour paraître excessif, le pouvoir discrétionnaire du juge n'en est pas moins certain. Le mot : « ... *peut*... »

¹ Sic Lyon, 5 juin 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 2, 89; *S.*, 90, 2, 57; *D.*, 90, 2, 249; *Pand. franç.*, 1891, 2, 83; *J. des Faill.*, 1889, 1, 380); Rennes, 11 juin 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 2, 31; *D.*, 89, 2, 193). Adde Rataud, à son cours; Thaller, *Annales de dr. comm.*, 1890, 2, 209; Walh, *ibid.*, 1889, 1, 205; Lyon-Caen, *Manuel*, p. 910, n° 1197ⁱ, b; Labori, p. 380, n° 726.

de l'article 1^{er} signifie que le tribunal est libre d'admettre ou de ne pas admettre le débiteur au bénéfice de la liquidation judiciaire ; et cette traduction est entièrement conforme à l'esprit qui a présidé aux travaux préparatoires de la loi. En effet le législateur a considéré la nouvelle institution, non comme une procédure à laquelle le débiteur a droit, mais comme une faveur dont les juges peuvent faire bénéficier ceux-là seuls qu'ils en croient dignes : lors même qu'ils ne pourraient préciser aucun agissement frauduleux qui, aux termes de l'article 19, dût provoquer une mise en faillite, ils seraient, au dire du Rapporteur, absolument maîtres de leur décision en présence d'une situation simplement suspecte¹. Que si par hasard un tribunal, induit en erreur ou agissant sous l'influence de certaines passions, refusait indûment la liquidation judiciaire, le débiteur, victime de cette injustice, aurait, conformément aux principes généraux, la ressource de l'appel².

Nous concluons donc que le tribunal, saisi de la

¹ Discours Laroze et E. Lorois, Chambre des Députés, séance du 16 oct. 1888, relativement à la discussion de l'article 1^{er} (V^o Max. Lecomte, *Traité théorique et pratique de la Liquidation judiciaire*, Paris, 1890, pp. 142 et suiv.).

² Nancy, 2 juill. 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 2, 465; *Loi*, 4 oct. 1889; *Pand. franç.*, 1890, 2, 159); Trib. comm. Seine, 1^{er} oct. 1889 (*Loi*, 16 oct. 1889); Paris, 26 nov. 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 2, 670; *D.*, 90, 2, 249; *J. des Faill.*, 1890, 25); 19 nov. 1890 (*Gaz. Pal.*, 90, 2, 571); Trib. comm. Sedan, 14 mars 1890 (*Gaz. Pal.*, 90, 2, 358; *J. des Faill.*, 1890, 506). — Adde Danjon, à son cours; Louis André, *Manuel pratique de la Liquidation judiciaire et de la Faillite*, Paris, 1889, p. 2; Bailly, p. 8, texte et note 1; Boistel, pp. 1192 et 1193; *Id.*, note sous Paris, 26 nov. 1889 (*D.*, 90, 2, 249).

demande à fin de liquidation judiciaire, est juge de son opportunité et que, armé d'un pouvoir souverain d'appréciation, il est libre, dans sa pleine indépendance, de l'accueillir ou de la rejeter.

C. — *Des Dispositions que « DOIT » ou « PEUT » contenir le jugement déclaratif de liquidation judiciaire.*

Le jugement, qui accueille favorablement la demande et ordonne la liquidation judiciaire d'un individu commerçant ou d'une société commerciale, introduit un état de choses nouveau par rapport aux biens; c'est pourquoi il « *nomme un des membres du tribunal juge-commissaire et un ou plusieurs liquidateurs provisoires* » (L. 1889, art. 4, al. 1, 3^e phrase)¹.

Le jugement doit en outre mentionner que le débiteur a été entendu en personne ou constater qu'il a été excusé, sans que le tribunal soit obligé de détailler les motifs de l'empêchement.

Est-ce tout? Le jugement peut-il encore ordonner l'arrestation du débiteur ou la garde de sa personne, prescrire l'apposition des scellés et déterminer la date de la cessation des paiements? Autant de questions auxquelles nous allons répondre.

I. — Aux termes des articles 455 et 456 du Code de commerce, le jugement déclaratif de faillite doit ordon-

¹ De même que le jugement déclaratif de faillite désigne un juge-commissaire (C. comm., art. 451) et un ou plusieurs syndics provisoires (C. comm., art. 462, al. 1). Dans la pratique, on ne nommera qu'un seul liquidateur.

ner l'arrestation du failli ou la garde de sa personne, s'il ne s'est pas conformé aux prescriptions des articles 438 et 439 ; dans le cas contraire, il peut l'en affranchir.

Les articles 455 et 456 du Code de commerce reçoivent-ils application en matière de liquidation judiciaire ?

Et d'abord, pas plus en matière de liquidation judiciaire qu'en matière de faillite, les dispositions de ces articles ne s'appliquent au cas d'une société commerciale, parce qu'une société, être moral, ne saurait être emprisonnée.

Maintenant, par rapport aux individus commerçants, il faut dire que le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire ne peut ordonner ni l'arrestation du liquidé ni la garde de sa personne. Nous verrons bientôt, en effet, que le liquidé administre les biens de la liquidation ; or, on conçoit difficilement la gestion d'une personne qui se trouve sous les verrous ou bien gardée à vue. Du reste le débiteur, dont la demande aboutit, est par cela même en règle avec la justice, et la bonne foi, dont il a donné volontairement la preuve, lui mérite de plein droit la récompense de l'immunité inscrite dans l'article 456.

Ainsi donc, l'arrestation du liquidé et la garde de sa personne constituent des mesures qui sont, en cas de liquidation judiciaire, virtuellement abrogées par la loi¹.

¹ En ce sens, Chambre des Députés, réponse du Rapporteur à l'amendement Vergoin sur l'article 19. Mais l'article 455 reprendrait son empire si la faillite venait à succéder à la liquidation judiciaire.

II. — L'article 455 du Code de commerce trouve-t-il du moins application au point de vue de l'apposition des scellés sur les meubles et effets du liquidé ?

En matière de faillite, l'inventaire est ordinairement précédé de l'apposition des scellés sur tout ce qui peut contenir des valeurs et sur ces valeurs même (C. comm., art. 455, al. 1, 457, 458 et 468). Les scellés sont apposés par le juge de paix, même dès avant l'entrée en fonctions des syndics. — Les vêtements, hardes, meubles, effets nécessaires au failli et à sa famille, ainsi que les objets sujets à la détérioration et les effets à courte échéance sont extraits des scellés (art. 469 et 471) : les vêtements sont remis au failli, et les objets dispendieux à conserver ou sujets à dépérissement sont estimés et peuvent être vendus (art. 470). — Toutefois, si le juge-commissaire estime que l'actif du failli peut être inventorié en un seul jour, il ne sera point apposé de scellés et il devra être immédiatement procédé à l'inventaire (art. 455, al. 2). — Dans les trois jours de leur entrée en fonctions, les syndics requièrent la levée des scellés et ils procèdent à l'inventaire des biens du failli (art. 479) en présence du juge de paix (art. 480).

Le jugement déclaratif de liquidation doit-il en principe prescrire l'apposition des scellés ?

Avec certains auteurs on peut, il est vrai, soutenir l'affirmative, car la Loi de 1889 est muette sur la question et il est toujours possible d'argumenter de son article 24 ; dans ce cas, les articles 457, al. 1, 458, 468, 469 et 471 du Code de commerce recevraient extension au régime de la liquidation judiciaire.

Mais en adhérant à une autre opinion plus logique et

plus juridique que la précédente, nous croyons que l'apposition des scellés serait, en ce qui concerne la liquidation judiciaire, inefficace et impossible tout à la fois.

L'utilité des scellés ne se révèle, en effet, que lorsqu'ils sont apposés par surprise. Or, de deux choses l'une : ou le liquidé est sincèrement de bonne foi et la mesure est non seulement vexatoire, mais encore inutilement onéreuse ; ou il n'a pour lui que les apparences de la bonne foi, et alors, sachant d'avance que l'apposition des scellés se produira à jour fixe, il prendra ses précautions avant de remettre la requête qui est le préliminaire obligatoire du jugement déclaratif, et il déposera en lieu sûr tout ce qu'il croira de nature à le compromettre aux yeux des juges.

De plus, si on considère les dispositions qui doivent être prises dès le principe pour sauvegarder les droits des créanciers, il semble que le législateur ait voulu dispenser le liquidateur et le liquidé de l'apposition des scellés ; en effet, d'une part nous verrons que le débiteur n'est plus complètement dessaisi, et de l'autre il serait difficile de concilier l'apposition des scellés avec l'obligation, que nous relèverons plus loin à la charge des liquidateurs provisoires, d'arrêter et de signer les livres du débiteur et de procéder avec lui à l'inventaire dans les vingt-quatre heures de leur nomination (L. 1889, art. 4, al. 1, 4^e phrase).

Les dispositions du Code de commerce prescrivant l'apposition des scellés sont donc encore ici virtuellement abrogées, et c'est avec intention que le législateur de 1889 a gardé le silence sur ce point.

III. — Le mutisme des textes s'oppose-t-il également à ce que la date de la cessation des paiements soit fixée par le jugement qui déclare la liquidation judiciaire ?

Certains commentateurs, qui n'admettent pas en notre matière l'existence d'une *période suspecte*, répondent affirmativement¹.

Pour nous, au contraire, il semble que le jugement qui ouvre la liquidation peut fixer, comme le jugement déclaratif de faillite, la date de la cessation de paiements (C. comm., art. 441, al. 1 et L. de 1889, art. 24³).

À cela il y a un véritable intérêt. D'abord le tribunal est obligé de rechercher si le délai de quinzaine, assigné pour le dépôt de la requête, n'est pas expiré. Et puis, certains actes passés durant la période suspecte doivent ou peuvent être annulés, comme en cas de faillite : si la nullité est déclarée, la liquidation cesse de plein droit et la faillite est prononcée (arg., L. 1889, art. 19, al. 2, 1^o).

Au cas où l'époque de la cessation de paiements n'a pas été indiquée par le jugement ordonnant la liquidation (ni même par un jugement ultérieur), la cessation de paiements est censée avoir eu lieu le jour du jugement déclaratif (C. com., art. 441, al. 2). Cette présomption pourtant est inapplicable aux liquidations judiciaires prononcées après décès, car dans l'espèce on ne peut être déclaré en liquidation judiciaire qu'à la condition d'être mort en état de cessation de paiements ; dès lors la cessation de paiements sera réputée provi-

¹ Sic Danjon, à son cours ; Bailly, *op. cit.*, p. 13.

² Sic Boistel, p. 1202 ; Lyon-Caen, *Manuel*, p. 911, n^o 1197^k.

soirement avoir eu lieu le jour même du décès du liquidé.

D. — *De la Publicité du Jugement déclaratif*

Et d'abord, quoique délibéré en chambre du conseil, le jugement qui accueille ou qui rejette la liquidation doit être rendu en audience publique (L. 1889, art. 4, al. 1, 1^{re} phr.), conformément à la règle de droit commun qui régit toutes les décisions de justice (L. du 20 avril 1810, art. 7). C'est la nullité du jugement si l'on viole cette prescription, dont l'exécution, sous peine d'une sanction identique, doit être mentionnée dans le jugement lui-même.

Mais, en dehors de cette publicité restreinte de l'audience, y a-t-il certaines mesures de publicité destinées à divulguer, surtout dans les grands centres, la décision du tribunal ?

Il est certain que le jugement de *rejet* de la liquidation ne doit pas faire l'objet de publications spéciales; l'article 580 du Code de commerce, applicable par analogie, ne prescrit en effet la publication que du jugement *déclaratif* de faillite.

Au contraire, le jugement qui prononce la liquidation diminue la capacité du débiteur, modifie les droits des créanciers et, suivant certains commentateurs, produit des effets tant pour l'avenir que dans le passé : comme il est absolu, en ce sens qu'il atteint tous les intéressés, il est publié.

Comment cela ? Aux termes de l'article 4, alinéa 3 :

« *Le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire est publié conformément à l'article 442 du code de commerce,* » lequel renvoie à l'article 42 du même Code ¹.

En conséquence, la publicité prescrite par le législateur comprend deux choses : d'abord, un extrait du jugement qui ordonne la liquidation sera affiché pendant trois mois dans la salle des audiences du tribunal de commerce ; puis, il y aura des insertions par extrait dans les journaux tant du lieu où la liquidation judiciaire aura été déclarée, que de tous les endroits où le liquidé possédera des établissements commerciaux. Il n'est pas nécessaire toutefois que le jugement soit inséré dans tous les journaux de la localité, il suffit que l'insertion ait lieu dans l'un de ces journaux ².

La sanction de la publicité du jugement déclaratif de liquidation est la même qu'en matière de faillite. C'est pour les tiers induits en erreur, non pas le droit de repousser les effets du jugement qu'on prétend leur opposer ni de réclamer le maintien des actes qu'ils auraient passés depuis avec le débiteur même non assisté, mais la possibilité d'intenter une action en dommages-intérêts contre ceux qui auraient dû faire publier

¹ L'article 42 du Code de commerce a été abrogé par la loi du 24 juillet 1867 (art. 65), mais cette abrogation n'a d'effet qu'en ce qui concerne les sociétés ; l'article 42 reste donc applicable aux autres matières (Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 622, n° 2610).

² A Paris, le préfet de la Seine fixe les journaux qui recevront les insertions légales (Décret du 17 janvier 1852, art. 23). Dans les départements, l'insertion peut être faite dans tout journal qui se publie en langue française (Décret du 28 décembre 1870).

le jugement (C. civ., art. 1382)¹. Dans le doute sur le point de savoir si les mesures de publicité ont bien été fidèlement remplies, l'apposition des affiches sera constatée par un procès-verbal du greffier chargé d'accomplir cette formalité, et les insertions dans les journaux seront prouvées par la représentation d'un exemplaire certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date.

De semblables publications ne sont-elles point de nature à entraîner les conséquences les plus désastreuses pour le crédit du commerçant, partant à enlever à la nouvelle institution toute son utilité, puisque son but est d'amener un accord loyal entre créanciers et débiteur, qui permette, sans à-coups formidables, la reprise de l'exploitation industrielle² ?

Il est de fait que la condition du liquidé en recevra quelque atteinte ; mais en définitive la liquidation de ses

¹ Sic Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 623, n° 2614, et *Manuel*, p. 725, note 2 ; Cass., 17 déc. 1856 (D., 57, 1, 41) ; 4 nov. 1857 (S., 58, 1, 70) ; 26 oct. 1887 (*Gaz. Pal.*, 87, 2, 655) ; parce que le dessaisissement se produit de plein droit à la date du jugement et indépendamment de toute formalité. Contra Lecomte, *op. cit.*, n° 427 ; Goirand et Périer, p. 58 ; Bailly, *Annales du Dr. commercial*, 1889, 2, 55, note 1 ; Malapert, *Le Droit*, 18 sept. 1885.— Qui est responsable du défaut de publication ? Ce serait le greffier du tribunal de commerce (V° Bravard, V, p. 61,) ou plutôt le liquidateur (Boistel, n° 902 *in fine*, lequel pense que la publication du jugement déclaratif de faillite rentre dans les mesures urgentes auxquelles doit procéder le syndic dès sa nomination).

² C'était la crainte du Rapporteur (voir Rapport Laroze, Chambre des Députés, ses. 1884, annexe n° 2632, p. 11, et séance du 18 oct. 1888). *Supra*, Introd., p. 63.

affaires ne peut se passer en famille. Du reste la publicité du jugement déclaratif est commandée à la fois par le droit commun, par certaines dispositions de la Loi de 1889 et par l'intérêt de tout le monde.

En droit commun, toute modification faite à la capacité des personnes doit être portée à la connaissance des tiers ; dès lors la liquidation judiciaire, qui place le débiteur, nous le verrons, dans une sorte de curatelle, doit être publiée, comme sont publiés les contrats de mariage des commerçants, les jugements prononçant l'interdiction, la nomination d'un conseil judiciaire, la séparation de corps ou de biens, etc.

Le défaut de publicité constituerait un véritable nonsens juridique ; en effet, le jugement déclaratif est rendu en audience publique (L. 1889, art. 4, al. 1), la convocation des créanciers par le greffier est faite par voie d'annonces dans les journaux (art. 9, al. 1 ; 12, al. 1 ; 13, al. 1 ; 14, al. 1), et, afin de paralyser les poursuites individuelles de ses créanciers, le débiteur est bien obligé d'exhiber devant leurs yeux le jugement qui l'a mis en liquidation.

C'est l'intérêt du débiteur de laisser publier la présomption de bonne foi qu'il s'est acquise par l'obtention de la liquidation judiciaire, pour se faire pardonner les omissions qui lui ont échappé dans la rédaction de la liste de ses créanciers.

Il y va plus encore de l'avantage des créanciers : inconnus, ils seront à même de se révéler ; connus, ils pourront présenter une demande en faillite ou se conformer aux préceptes de la nouvelle loi qui leur enjoint

de diriger, à dater du jugement déclaratif, les actions personnelles dont ils disposent, contre le débiteur et les liquidateurs à la fois (L. 1889, art. 5, al. 1).

Mais ce sont principalement les tiers qui se trouveraient lésés par la clandestinité du jugement déclaratif de liquidation : ils continueraient de faire des avancées et de livrer des marchandises à un incapable sous couleur de parfaite capacité et la justice viendrait, un beau jour, annuler les transactions qu'ils auraient conclues avec la plus entière bonne foi !

Pour tous ces motifs, le législateur ne devait admettre aucune différence entre la liquidation judiciaire et la faillite¹.

§ 4. — Des Voies de recours contre le Jugement déclaratif de liquidation

En matière de faillite, le droit d'opposition constitue la règle générale. Comme le jugement déclaratif de

¹ Voir le développement de ces motifs dans le discours de M. Milliard, Chambre des Députés, séance du 18 oct. 1888. — Bien plus, nous croyons que de telles mesures de publicité sont tout à fait insuffisantes en ce qui concerne les sociétés, principalement celles qui émettent des obligations. Les détenteurs d'obligations au porteur, disséminés un peu partout, sont exposés à n'apprendre la liquidation judiciaire ou la faillite de la société qu'en se rendant, au jour de l'échéance, toucher leurs coupons. La réforme qui s'impose sur ce point pourrait consister, soit dans l'insertion du jugement déclaratif de liquidation ou de faillite au *Journal Officiel* comme cela se fait en Allemagne et en Autriche, soit peut-être encore dans la création d'un bulletin spécial, où seraient relatées toutes les phases que traversent les sociétés.

faillite produit effet *erga omnes*, tous les intéressés peuvent y former opposition ; et les formalités de publicité ont même cette importance qu'à dater de leur accomplissement commencent à courir les délais de huitaine, pour le failli, et d'un mois, pour toute autre personne, pendant lesquels le jugement est susceptible d'être attaqué (C. comm., art. 580). — Le droit d'interjeter appel appartient à tous ceux qui ont été parties au procès et il n'appartient qu'à eux : peu importe qu'ils aient ou non exercé le droit d'opposition qu'ils pouvaient avoir ; le délai d'appel est de quinze jours seulement à compter de la signification du jugement, plus les délais de distances (art. 582). — Le recours en cassation, en l'absence de prohibition législative, est également possible suivant les règles ordinaires (arg. art. 583). — Toutefois dans l'intérêt de la masse des créanciers le jugement est exécutoire provisoirement, nonobstant ces voies de recours et sans caution (art. 440, al. 2)¹. — Quant à la tierce opposition, elle ne saurait être formée contre les jugements qui déclarent la faillite, ni par les créanciers, ni par les tiers intéressés ; c'est du moins l'opinion généralement admise².

Différent est le principe suivi en matière de liquidation judiciaire.

¹ En droit commun, les jugements des tribunaux de commerce sont exécutoires provisoirement *nonobstant appel* (mais pas nonobstant opposition), et en principe à la charge de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante (C. proc. civ., art. 439).

² Sic Alauzet, VI, n° 2851 ; Bédarride, III, n° 1185 ; Demangeat sur Bravard, t. V, p. 648 ; Lyon-Caen, *Précis*, p. 625, n° 2617.

Voulant avant tout une liquidation rapide, le législateur de 1889 a dégagé la nouvelle procédure des retards qu'entraîne forcément l'exercice des recours, et il a émis la règle que le jugement qui *déclare ouverte* la liquidation judiciaire, quoique produisant effet vis-à-vis de tout le monde, n'est susceptible d'aucun recours, par conséquent ni d'opposition, ni de tierce opposition, ni d'appel (art. 4, al. 3, 2^e phr.).

Ainsi le demande la simple logique. Si le jugement ouvrant la liquidation pouvait être provoqué par les créanciers, il est évident que le débiteur devrait avoir la faculté de faire rétracter par la voie de l'appel ou de l'opposition la décision qu'il prétendrait mal rendue ; mais comme il en est autrement, cela va de soi que le débiteur n'ait pas le droit d'interjeter appel d'un jugement qui n'a été prononcé qu'à sa requête et en sa faveur. D'un autre côté, les créanciers ne pouvaient ni recourir à l'appel d'un jugement qui en soi ne nuit à personne et auquel ils n'ont pas été parties, ni introduire la tierce opposition, puisque, nonobstant le jugement qui accueille la requête à fin de liquidation, ils bénéficient, dans certains cas énumérés sous l'article 19, du droit de demander la conversion de la liquidation judiciaire en faillite. En résumé, le législateur a refusé tous moyens de recourir, parce qu'il n'y avait utilité pour personne d'en user.

Si absolu que soit le principe, il comporte cependant l'exception que voici :

Il peut arriver que le tribunal soit saisi, en même temps que de la requête du débiteur ou auparavant, d'une demande en déclaration de faillite de la part d'un

créancier. Dans ce cas, le débiteur se présentera à l'audience sur l'assignation qui lui aura été remise, et le tribunal, en présence de deux demandes connexes mais réclamant une solution différente, joindra les deux causes pour n'en faire qu'un litige commun et prévenir ainsi l'éventualité de décisions contradictoires, puis il statuera sur le tout « *par un seul et même jugement, rendu dans la forme ordinaire, exécutoire par provision, et susceptible d'appel dans tous les cas* » (art. 4, al. 3 *in fine*)¹.

Ainsi, que le jugement prononce la liquidation ou qu'il déclare la faillite, peu importe : il est susceptible d'appel soit de la part du débiteur, soit de la part du créancier poursuivant². Solution éminemment juste, puisqu'il n'y a plus ici, comme dans l'hypothèse précédente, défaut d'intérêt. En effet le créancier, en raison de la jonction des causes, ne demeure plus étranger au jugement qui prononce l'ouverture de la liquidation, et le débiteur, après le prononcé du jugement qui rejette sa requête et accueille la demande de mise en faillite, se trouve défendeur à l'instance : l'un et l'autre peuvent donc interjeter appel.

Cet appel sera porté devant la Cour dans le ressort de

¹ Rapport de M. Demôle, au Sénat, n° 170, p. 6. La rédaction de ce texte est défectueuse : elle semblerait exiger que le créancier, qui demande la mise en faillite du débiteur, procédât toujours par assignation. C'est une erreur ; car, sans mettre en cause son débiteur, le créancier peut le faire déclarer en faillite par simple requête (C. comm., art. 440).

² Le droit d'appeler, en présence des termes généraux de la loi, semblerait même ouvert à tout le monde (Lyon-Caen, *Manuel*, p. 913, n° 1197°).

laquelle est situé le tribunal. Dans quel délai devra-t-il être formé ? Le silence du texte rend au droit commun son empire sur ce point : le délai d'appel sera un délai franc de quinze jours à compter du jour de la signification faite au domicile réel, plus les délais de distances (C. comm., art. 582 et L. 1889, art. 24).

L'appel constitue-t-il la seule ressource admise dans notre hypothèse exceptionnelle ? Si on prend à la lettre la fin du troisième alinéa de l'article 4, la réponse paraît bien affirmative ; pourtant, si on envisage le contexte de l'article 4, le raisonnement suivant semble assez juridique : puisque la loi refuse la tierce opposition contre le jugement d'ouverture de la liquidation lorsqu'il est rendu sur simple requête du débiteur, elle l'accorde *a contrario* lorsqu'à cette requête est jointe une assignation en déclaration de faillite. En tous cas, le recours en cassation est très certainement ouvert aux intéressés (C. comm., art. 583 et L. 1889, art. 4, al. 3 cbn)¹.

En dehors du cas particulier où le jugement déclaratif de liquidation statue tout à la fois sur la requête en admission à cette faveur et sur l'assignation en déclaration de faillite, le principe, en vertu duquel le jugement prononçant la liquidation n'est susceptible d'aucun recours, demeure absolu.

Et cependant, il eût été sage de reconnaître une autre exception pour le cas anormal où un débiteur non

¹ Sic Goirand et Périer. *op. cit.*, p. 63. Contra Morand, *De la liquidation judiciaire et des voies de recours dont est susceptible le jugement qui la prononce*, dans la *France judiciaire*, 1891, n° 6, p. 175.

commerçant voudrait se faire passer pour commerçant, afin d'obtenir les avantages d'un concordat voté par la majorité de ses créanciers et, comme tel, obligatoire pour eux tous : ceux-ci auraient un intérêt manifeste à être investis de recours contre le jugement qui accorderait dans ces conditions la liquidation. Le résultat d'une semblable omission est bizarre. Un non commerçant, grâce à une erreur du tribunal, obtient la liquidation judiciaire : ses créanciers ne jouissent d'aucun moyen de recourir contre le jugement qui a été rendu bien à tort ; mais qu'ils viennent à obtenir, aux termes des articles 446-449, l'annulation d'un acte conclu par leur débiteur et, par conséquent, la conversion de la liquidation en faillite, ils auront dès lors le droit d'attaquer, par la voie de l'opposition ou de l'appel, le jugement déclaratif de faillite et de le faire réformer¹ !

Quoi qu'il en soit, le législateur de 1889 n'a pas prévu dans le troisième alinéa de l'article 4 l'hypothèse où le tribunal, saisi d'une seule requête à fin de liquidation judiciaire, croit devoir la repousser. Il est vrai que dans ce cas le tribunal prononcerait la plupart du temps la faillite, puisque la cessation de paiements se trouverait avouée d'une manière explicite par la requête : le jugement serait alors susceptible d'appel conformément au droit commun (C. comm., art. 582).

¹ Il serait contraire au texte et à l'esprit de la loi, pour éviter une conséquence aussi absurde, de prétendre que le jugement d'ouverture de liquidation est un acte de juridiction gracieuse, qu'il n'a pas dès lors autorité de chose jugée et qu'il peut toujours être contesté par les divers intéressés.

Cependant, il se peut que le tribunal rejette la demande en liquidation, et qu'il ne déclare pas la faillite sous prétexte que le débiteur ne possède pas la qualité de commerçant. Nous pensons que le législateur, en ne s'expliquant que sur le jugement qui *accueille* la liquidation, a implicitement réservé l'appel pour le jugement qui la *refuse* ; en conséquence, la juridiction supérieure devant être saisie de la même façon que la juridiction du premier degré, le débiteur interjettera appel au moyen d'une requête présentée à la Cour dans le délai ordinaire de quinze jours¹. Mais à partir de quelle date courra le délai de quinzaine ? Ce ne sera pas à compter de la signification du jugement de rejet (C. comm., art. 582), car le demandeur, n'ayant pas dans l'espèce de contradicteur, ne recevra aucune signification. Dès lors, nul autre point de départ n'ayant été marqué, le délai sera censé courir du jour de la prononciation du jugement qui a refusé la liquidation ; cette solution est raisonnable, puisque le débiteur ne doit pas ignorer un jugement rendu sur sa requête et qu'il ne peut le traiter de jugement par défaut².

¹ *Supra*, p. 145, note 2.

² Cf. Lyon-Caen, *Annuaire de la législ. franç.*, sur la Loi du 4 mars 1889, p. 66, note 2.

CHAPITRE II

Des Effets de l'ouverture de la Liquidation judiciaire

D'une manière générale, à partir du jugement d'ouverture de liquidation, de même qu'à dater du jugement déclaratif de faillite, les intérêts de tous les créanciers d'un même débiteur, isolés jusque-là, se trouvent légalement groupés, en vue de simplifier les opérations, en deux grandes catégories : l'une renferme les créances munies de sûretés particulières, telles que privilège, hypothèque ou nantissement ; l'autre comprend la *masse*, c'est-à-dire la réunion de toutes les créances chirographaires.

Plus spécialement, le jugement qui ouvre la liquidation d'un simple commerçant ou d'une société produit *de plein droit*, à compter de sa date, des effets absolus, nécessaires et immédiats tant dans le passé que pour l'avenir.

SECTION PREMIÈRE

DES EFFETS DE L'OUVERTURE DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

« DANS LE PASSÉ »

Le passé du failli se partage en deux périodes.

Dans la première période, qui se termine dix jours avant la cessation des paiements, le droit commun est applicable, tous les actes du débiteur y sont présumés accomplis de bonne foi et valables, sauf annulation au moyen de l'action Paulienne s'ils ont été faits en fraude des droits des créanciers (C. civ., art. 1167).

La seconde période, qualifiée de *suspecte*, commence dix jours avant la cessation des paiements, pour finir la veille de la déclaration de faillite : dans cet intervalle la mauvaise foi du débiteur est toujours présumée, certains actes qu'il a passés sont annulables ou de plein droit (C. comm., art. 446), — ou facultativement et sous condition que les tiers contractants aient eu connaissance de la cessation de paiements (C. comm., art. 447), — ou enfin d'une manière purement facultative et à la condition que les tiers se soient rendus coupables d'un retard, d'une simple négligence (C. comm., art. 448, al. 2 et 3). Toutefois, ces nullités sont essentiellement relatives, comme ne pouvant être invoquées que par la masse des créanciers, jamais par le failli ; car le législateur s'est uniquement proposé, en les créant, de faire aux créanciers chirographaires une situation égale, de

prévenir à leur endroit les actes irréguliers ou frauduleux de leur débiteur, et d'éviter la perte de temps et les frais qu'entraîneraient des poursuites multiples.

Le système de nullités rétroactives imaginé par le Code de commerce reçoit application au cas de liquidation judiciaire des individus et des sociétés¹.

Cette opinion, n'en déplaît au législateur, est à coup sûr la moins raisonnable; mais enfin, c'est encore la plus conforme au texte de la Loi de 1889, car elle repose non seulement sur le renvoi général de l'article 24, mais encore sur le texte de l'article 19, al. 2, 1°, qui suppose expressément l'application des articles 446-449 du Code de commerce au cours de la liquidation judiciaire :

« Le tribunal déclare la faillite à toute période de la liquidation judiciaire :

1° Si, depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur a consenti l'un des actes mentionnés dans les articles 446, 447, 448 et 449 du code de commerce, mais dans le cas seulement où la nullité aura été prononcée par les tribunaux compétents ou reconnue par les parties. »

L'extension, comme on le voit, est formelle; la déclaration de nullité emportera même nécessairement la transformation de la liquidation judiciaire en faillite.

¹ Tel est du moins le sentiment de la majorité des auteurs (Lyon-Caen, *Manuel*, p. 924, n° 1198^d, et p. 941, n° 1202; Laurin, *op. cit.*, p. 17; Boistel, *op. cit.*, p. 1202). — Pour l'explication détaillée de ces nullités, nous renvoyons aux commentaires nombreux et très satisfaisants qui ont paru sur la question (V^o Lyon-Caen, *Précis*, t. II, pp. 697 et suiv.; Boistel, *op. cit.*, pp. 708 et suiv.).

La seule difficulté est de savoir, dans le silence du texte, qui engagera l'action en nullité. Il n'y a plus de syndic ; le débiteur n'est point admis à faire valoir une nullité qui n'a point été introduite dans son intérêt ; le liquidateur n'a pas reçu la mission expresse d'attaquer les actes frauduleux que le débiteur a passés antérieurement à l'ouverture de la liquidation. Et cependant la jurisprudence est dans l'obligation de trouver quelqu'un ! Ce quelqu'un sera ou bien un créancier, ou bien le liquidé assisté de son liquidateur, et comme le liquidé refusera généralement d'engager une instance couronnée plus tard d'une mise en faillite, le liquidateur agira seul, à charge de mettre le liquidé en cause (Arg. L. 1889, art. 6, § 1)¹.

La période suspecte présente, il est vrai, un intérêt moindre en matière de liquidation judiciaire que dans la faillite ; en effet, tandis qu'elle remonte parfois très loin dans le passé du failli, il y aura un faible écart entre la cessation de paiements du liquidé et le jugement qui déclare sa liquidation, puisque la date de la cessation de paiements ne doit pas être antérieure de quinze jours au dépôt de sa requête.

Est-ce à dire que l'étendue de la période suspecte ne puisse pas varier conformément aux articles 580 et 581 du Code de commerce ?

Pas du tout. Le tribunal jouit au contraire du droit de reporter le commencement de la période suspecte

¹ Paris, 12 juill. 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 2, 259). Sic Thaller ; Rataud, à son cours ; Lyon-Caen, *Manuel*, p. 921, n° 1198^a, et p. 924, note 3 ; Goirand, pp. 203 et suiv. ; Valabrègue, *Notice sur la loi du 4 mars 1889*, p. 15.

bien antérieurement à la fermeture des guichets du liquidé, par exemple au jour d'un protêt ou de la mise en circulation d'effets de complaisance : la preuve de ce droit se tire à la fois de la disposition de l'article 24 et de ce fait que la liquidation judiciaire peut être *maintenue*, même lorsque la requête n'a pas été présentée dans les quinze jours de la cessation de paiements ; mais, dans ce cas, la rectification confère aux juges la latitude de convertir la liquidation en faillite (L. 1889, art. 19, al. 1, 1^o). La requête pour obtenir un *jugement de report* sera présentée par les mêmes personnes qui ont le droit d'exercer les *actions en rapport à la masse*, c'est-à-dire par tout créancier, ou par le liquidateur, le débiteur entendu ou appelé (arg. L. 1889, art. 6, §1)¹.

Notre argumentation a établi jusqu'ici une analogie

¹ V^o en ce dernier sens un arrêt de la Cour de Douai du 4 nov. 1889 (S., 91, 2, 30; D., 90, 2, 33); Cour de Paris, 19 mai 1892 (*J. des Faill.*, 1892, p. 216, avec les conclusions de M. l'avocat général Rau); Cour d'Agen, 30 déc. 1892, et Cour de Besançon, 1^{re} Ch., 18 janv. 1893 (*J. des Faill.*, 1893, p. 154). Adde Voron, *Liquidation judiciaire*, n^o 88 *ter*; H. Coulon, *Législ. nouv. des faillites, La Liquidation judiciaire et la Faillite*, Paris, 1890, p. 343; Lalubie, *Liquidation judiciaire*, Paris, 1890, n^o 86; Fremont et Camberlin, t. I, n^{os} 71 et suiv. Sur l'avis de son rapporteur (V^o Rapport Laroze, p. 61), la Chambre repoussa, comme étant de nature à favoriser les spéculations frauduleuses, les antidates, etc., une proposition tendant à restreindre à un laps de temps déterminé le droit pour le tribunal de faire remonter dans le passé la date de la cessation de paiements. La loi anglaise de 1883 permet de reporter la cessation des paiements tout au plus à trois mois (art. 43); la loi belge, à six mois (art. 442, al. 3); la loi allemande, à six mois (art. 26); le code italien, à trois ans (art. 692); le code de Portugal, à quarante jours (art. 721), et celui d'Espagne, à quinze ou trente jours suivant la nature des actes annulables (art. 879 et 880).

complète entre la liquidation judiciaire et la faillite, au point de vue des effets du jugement déclaratif de liquidation dans le passé. Néanmoins, il n'est pas admissible que l'art. 19 précité, al. 2, 1^o, puisse vraiment concerner, comme l'indique sa rédaction défectueuse, des actes antérieurs à la cessation des paiements : tout d'abord, les articles 447 et 449 du Code de commerce sont uniquement relatifs à des actes commis *depuis* la cessation de paiements ; quant aux autres articles, comment soutenir que le législateur se soit représenté l'hypothèse de fraudes antérieures à cet événement, alors que le débiteur doit s'être signalé par des allures toujours honnêtes et qu'il va venir affirmer sa bonne foi par le dépôt immédiat de son bilan ? La période suspecte ne saurait donc s'étendre aux dix jours qui ont précédé la cessation de paiements du liquidé.

La restriction que nous apportons à l'effet rétroactif de la liquidation judiciaire nous sert de transition naturelle pour passer à l'examen d'une seconde opinion qui, tout en étant plus radicale que la nôtre, n'en demeure que plus sensée.

Aux yeux de quelques esprits distingués, la liquidation judiciaire n'engendre pas d'effets rétroactifs et cette solution est la seule qui réponde au principe comme aux travaux préparatoires de la nouvelle institution ¹.

Le législateur n'entend en effet accorder la faveur de la liquidation judiciaire qu'aux commerçants de loyauté incontestable et qui, aussitôt après avoir cessé de payer, ont couru déposer leur bilan ; comment dès lors appréhender de leur part l'accomplissement de ces actes

¹ Sic Danjon, à son cours ; Bailly, *op. cit.*, pp. 13 et 14.

frauduleux que la loi annule en cas de faillite ? Il est impossible que la liquidation judiciaire produise effet dans le passé, parce qu'elle est basée sur la bonne foi du débiteur et que l'existence de cette bonne foi est la négation même d'une conduite équivoque. On évitera de la sorte ces instances en nullité qui, à la satisfaction des syndics et sans risque pour leurs petits profits, retardent l'évolution de la procédure et amènent une recrudescence de frais venant absorber parfois le plus clair de l'actif.

Non moins précieux est le témoignage que fournissent les travaux préparatoires. Le projet élaboré en 1884 (art. 468) maintenait, en cas de faillite, la période suspecte et les nullités des articles 446 à 449, à part quelques modifications ; au contraire, il ne reconnaissait, en matière de liquidation judiciaire, ni période suspecte, ni régime de nullités : cependant, si le liquidé s'était laissé aller à des actes frauduleux avant l'ouverture de la liquidation, ses créanciers avaient le choix entre la ressource qu'offre l'article 1167 du Code civil, ou bien la possibilité d'invoquer la fraude commise, pour demander la substitution de la faillite à la liquidation (art. 468, 2° du projet) et faire ensuite annuler les actes accomplis en période suspecte¹. Or, cet état de choses n'a pas été détruit par la Loi de 1889, puisque le rapporteur a déclaré que la liquidation judiciaire restait établie dans des conditions identiques à celles qui avaient été adoptées précédemment² ; et par

¹ Rapport et projet Laroze, Chambre des Députés, session 1884, annexe n° 2632, pp. 36, 63 et art. 479-482.

² Rapport Laroze en date du 9 juin 1888, annexe n° 2761, p. 11.

là on s'explique que le législateur n'ait pas prescrit de déterminer l'époque de la cessation de paiements dans le jugement d'ouverture de liquidation, qu'il n'ait pas prévu la possibilité d'un jugement de report ni indiqué par quelles personnes seraient exercées les actions en nullité... Inexplicable est la partie de l'article 19 dans laquelle le législateur oblige le tribunal à transformer la liquidation en faillite, lorsqu'en vertu des articles 446-449 un acte, accompli par le liquidé depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent, aura été annulé¹.

Bien que le texte rigoureux de la loi nous empêche de nous rallier à cette dernière opinion qui, pour être demeurée jusqu'à ce moment isolée, n'en mérite pas moins par sa logique toutes les sympathies, nous convenons sans peine que, en parlant de période suspecte et d'actes nuls à propos d'un régime basé tout entier sur la bonne foi, le législateur s'est trompé.

¹ Bailly (*op. cit.*, p. 14) émet l'explication que voici : « La jurisprudence décide qu'un acte peut être annulé, en vertu des articles 446-449, par cela seul que l'état de cessation de paiements existe chez son auteur, encore qu'un jugement ne l'ait pas déclaré en faillite (Dalloz, *Code de comm. annoté*, art. 440, 446, 448). C'est une solution inexacte, condamnée par la doctrine, mais dont les rédacteurs de notre loi ont dû se montrer partisans : pour eux, l'état de cessation de paiements, sans faillite déclarée, produit des effets.... : rien d'étonnant qu'ils aient admis que cet état permettrait l'application des articles 446-449. Et ils n'ont pas eu à nous dire par qui l'action en nullité serait intentée : la question est résolue depuis longtemps par la jurisprudence. Cette action est exercée par les créanciers ou leur représentant (Fourcade, *Des Faillites non déclarées*, pp. 164-165 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, II, 2650). »

SECTION II

DES EFFETS DE L'OUVERTURE DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE
« POUR L'AVENIR »

Le jugement de liquidation produit *de plein droit*, à partir du jour où il a été rendu, certains effets quant aux biens et quant à la personne du débiteur.

§ 1^{er}. — Effets « quant aux biens » du liquidé

Nous abordons ici toute une série d'effets corrélatifs de ceux qu'engendre le jugement déclaratif de faillite, parce que les uns et les autres demeurent intimement liés à l'idée de liquidation, de règlement du passif; c'est pourquoi ils s'éteignent, du moins pour la plupart, avec l'une des solutions qui terminent la liquidation judiciaire. Les voici :

1. — Le liquidé se trouve partiellement dessaisi ;
2. — La liquidation judiciaire d'un *associé* entraîne parfois la dissolution de la société, de même que la liquidation judiciaire d'une *société* rejaillit sur la condition de certains associés ;
3. — Le droit pour les créanciers d'exercer des poursuites individuelles est suspendu ;
4. — Les dettes non échues du liquidé deviennent exigibles ;
5. — Le cours des intérêts des sommes dues par le liquidé est arrêté ;

6. — La masse reçoit une hypothèque sur les immeubles du liquidé ;

7. — Les créanciers perdent le droit de prendre, en leur nom personnel, une inscription de privilège ou d'hypothèque au préjudice de la masse ;

8. — La liquidation judiciaire clôt le compte courant ;

9. — Enfin la liquidation judiciaire restreint ou même efface certains droits réels.

Examinons en détail chacun de ces différents effets.

A. — *Dessaisissement partiel*

A compter du *jour même* du jugement d'ouverture de la liquidation (L. de 1889, art. 5, *in princ.* et C. comm., arg. art. 448, al. 1, *chn.*), tous les biens personnels du liquidé et ceux-là même qui lui écherront au cours de la liquidation deviennent de plein droit le gage commun de ses créanciers, dont la situation ne peut plus désormais être modifiée.

A ce titre, il est certains actes auxquels le commerçant en état de liquidation judiciaire ne peut se livrer ni seul, ni avec l'assistance de qui que ce soit : ainsi, en principe et sauf les exceptions posées dans le premier alinéa de l'article 6, il perd, *à l'égard de la masse*, le droit de creuser davantage son passif en contractant de nouvelles dettes ou en disposant de tout ou partie de son actif (L. 1889, art. 5 *in fine*) ; il ne pourrait pas davantage, croyons-nous, accomplir certains actes

exceptionnels, comme le compromis, le traité à forfait, la cession des droits mobiliers et autres droits dont la loi n'a pas parlé, fût-il assisté légalement et muni de toutes les autorisations possibles¹.

La défense faite au liquidé de s'endetter et d'aliéner comporte une double sanction dans l'application de l'article 19, alinéa 2, 2°, qui prévoit, à la suite de fraude commise, la conversion de la liquidation en faillite, et dans la nullité des actes ainsi conclus. Cette nullité est toute relative, en ce sens que les créanciers de la masse ont seuls la liberté de considérer l'obligation ou l'aliénation, qui leur cause préjudice, comme valable ou non avenue. Le liquidé ne pourra donc pas se prévaloir de son état pour réclamer l'annulation de ses engagements ; il n'est en effet ni exproprié, ni interdit, ni incapable : entre lui et le tiers l'acte est valable ; seulement ce dernier n'a qu'un droit à exercer ultérieurement, sans jamais pouvoir entrer en compétition avec les intérêts de la masse (C. civ., art. 2092).

Le failli est bien lui aussi dans l'impossibilité complète de s'obliger et d'aliéner, mais c'est en vertu d'un dessaisissement total qui met en quelque sorte sous séquestre tous ses biens (C. comm., art. 443, al. 1) : le législateur a voulu prévenir la tentation de sa part de mettre en réserve ou de réaliser, aux dépens de ses créanciers, un capital pour le reste de ses jours. En con-

¹ Laurin, *op. cit.*, 2^e Appendice, pp. 18 et 19. Notamment, en ce qui concerne le *compromis*, on ne peut compromettre que sur des droits dont on a la libre disposition (C. proc. civ., art. 1003) ; or, la liquidation ne laisse pas au débiteur la *libre disposition* de ses biens.

séquence le failli joue un rôle purement passif, il ne compte plus pour rien, il disparaît entièrement; l'administration de sa fortune passe à la masse de ses créanciers représentés par les syndics (C. comm., art. 532, al. 1): dorénavant il appartient aux syndics de suivre ou d'intenter les actions qui intéressent son patrimoine, de recevoir et d'ouvrir les lettres et télégrammes qui lui sont adressés, de garder les lettres commerciales pour les renseignements qu'elles contiennent et de lui rendre les lettres confidentielles ou d'amis (C. comm., art. 471, al. 3), de prendre livraison des livres de commerce pour les clore et arrêter (C. comm., art. 471, al. 1 et art. 475), etc.

Rien de pareil ne pouvait être introduit en matière de liquidation judiciaire.

Le liquidé est dessaisi sans doute, parce qu'il importe de sauvegarder les droits de la masse en empêchant la diminution de l'actif et l'augmentation du passif, mais il n'est dessaisi que partiellement, parce qu'en principe aucune fraude ne doit être à craindre de sa part et qu'il est nécessaire de révéler le moins possible au public sa nouvelle situation. Voilà pourquoi le liquidé reste dans ses magasins, il garde chez lui ses livres, il reçoit directement sa correspondance même commerciale, il tient lui-même sa comptabilité; il demeure à la tête de ses affaires et continue sous certaines conditions l'exploitation de son négoce; il administre avec des pouvoirs identiques à ceux des syndics, mais assisté d'un liquidateur et au besoin sous la surveillance de certains agents: il prépare ainsi lui-même sa propre liquidation, il se désiste, renonce, transige, etc. (L. 1889, art. 6 et 7),

les créanciers de la masse sont en thèse générale ses ayants cause, ils profitent ou ils se voient opposer ce qui est jugé pour ou contre lui (C. civ., art. 1351). En un mot le liquidé, n'ayant plus à subir la mainmise judiciaire qui frappe l'ensemble du patrimoine du failli, conserve ses biens et joue un rôle actif dans leur administration¹.

Enfin, en dehors de ces actes qui sont ou bien rigoureusement prohibés par la loi, ou bien permis, mais moyennant l'assistance et sous le contrôle de certains agents, il en est d'autres pour lesquels le liquidé, comme le failli du reste, rentre dans les conditions ordinaires ; dès lors il peut faire, conformément au droit commun, tout ce que la loi ne lui défend pas.

Tel est, par comparaison avec le dessaisissement absolu du failli, le dessaisissement partiel qui frappe l'individu ou la société en état de liquidation judiciaire².

La différence est en somme plus apparente que réelle : il n'y a plus de mandataire désigné par la justice pour gérer aux lieu et place du débiteur, et voilà tout. En

¹ Il suit de là que les exceptions, que comporte le dessaisissement en matière de faillite, doivent à plus forte raison être admises en matière de liquidation judiciaire, puisqu'il n'y a plus la raison de douter tirée de l'article 443, al. 1 du Code de commerce : il semble en effet oiseux désormais de discuter sur la question de savoir si les rentes sur l'État (L. du 8 nivôse an IV, art. 4, et L. du 22 floréal an VII, art. 7) et certains autres biens déclarés insaisissables (C. proc. civ., art. 580, 581 et 593) échappent à une saisie générale, qui en droit tout au moins n'existe pas (Goirand, p. 151).

² Ce parallèle ressort des paroles de M. Demôle à la tribune du Sénat dans la séance du 14 janv. 1889 et du dernier rapport qu'il a présenté au nom de la Commission du Sénat (p. 7).

effet le liquidé, s'il continue à agir, est bien moins son propre syndic que celui de ses créanciers ; il s'ensuit que le malheureux, en dépit de la liberté d'action qu'il reçoit, se voit enchaîné à l'assistance, au contrôle et à l'agrément de volontés diverses pour continuer son exploitation commerciale et pour procéder à tous les actes de sa liquidation : encaisser lui-même la somme la plus insignifiante lui est interdit et, pour vivre, il lui faut implorer des secours ! (L. 1889, art. 6 et 7 et art. 24 cbn.) Le liquidé se trouve donc en réalité dessaisi et, si en droit le dessaisissement qui le frappe est partiel, au fond il n'en existe pas moins d'une façon aussi complète qu'en matière de faillite : la différence de situation se résume en une nuance purement juridique.

B. — *Influence de la Liquidation judiciaire « d'un associé » ou de la Liquidation judiciaire « d'une société » sur les rapports respectifs de l'un et de l'autre.*

1° DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE « D'UN ASSOCIÉ »

Il va sans dire que la liquidation judiciaire d'un associé ne saurait entraîner ni la *liquidation judiciaire* ni la *faillite* de la société dont il fait partie¹. Cette solution est vraie aussi bien au cas de liquidation judiciaire d'un associé en nom collectif ou d'un commandité, que dans l'hypothèse de la liquidation judiciaire d'un commanditaire ou d'un actionnaire. En effet, les patrimoines

¹ Arg. Cass. req., 25 août 1883 (*J. des Faill.*, 1883, pp. 243-248).

sont très distincts et, si l'associé peut être responsable des engagements de la société, celle-ci n'est point caution de l'associé; du reste, il est possible qu'un associé tombe en liquidation judiciaire, alors que la société à laquelle il participe jouit d'un état florissant.

Mais la liquidation judiciaire d'un associé cause la *dissolution* de la société, lorsque la faillite de cet associé aurait eu pour conséquence la dissolution de cette même société, c'est-à-dire uniquement lorsque la société a été constituée en vue des personnes, *intuitu personæ* (C. civ., art. 1865, 4°, et L. de 1889, art. 24)¹. Par conséquent, la liquidation judiciaire devient une cause de dissolution pour la société, si elle se produit soit en la personne de l'un des associés en nom collectif, soit en la personne du gérant d'une société en commandite par intérêts ou même de l'un des commanditaires. Au contraire, la liquidation judiciaire d'un actionnaire n'exerce aucune influence sur l'existence d'une société anonyme ou d'une commandite par actions²; sans

¹ L'article 1865-4° ne parle que de la *déconfiture*. Aussi MM. Pardessus (n° 1066) et Troplong (*Soc.*, n° 906) ont-ils traité d'antijuridique l'assimilation que l'on fait communément dans l'espèce entre la déconfiture et la faillite.

² La liquidation judiciaire d'un actionnaire pourrait toutefois produire quelque effet, si elle survenait avant qu'il eût versé complètement le montant de ses actions. De deux choses l'une : ou les liquidateurs libéreront les actions pour conserver à la masse les chances de bénéfices qui y sont attachées, et de la sorte la liquidation judiciaire de l'actionnaire n'emportera aucune conséquence; ou bien les liquidateurs ne feront pas les versements restants, et alors la société exercera les droits que lui donnent ses statuts contre les actionnaires en retard de déposer le montant de leur mise (exécution en bourse, etc.).

influence également est la liquidation judiciaire d'un membre d'une société à capital variable (arg. L. 24 juillet 1867, art. 54). D'ailleurs, la disposition de l'article 1865, C. civ., n'est pas d'ordre public et, par suite, les associés sont libres de stipuler que la société continuera, nonobstant la liquidation judiciaire de l'un d'eux (C. civ., art. 1868)¹.

2° DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE « D'UNE SOCIÉTÉ »

Le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire d'une société a une portée générale, il vaut à l'encontre de tous les associés, *erga omnes*.

Plus particulièrement on posait, avant la Loi de 1889, la règle suivante : le jugement déclarant la faillite d'une société entraîne de plein droit la faillite de tous les associés solidaires qui, d'après les statuts, sont tenus des dettes sociales sur la totalité de leur patrimoine. Formule exacte, d'ailleurs, pour ce temps : car la faillite, c'est la constatation judiciaire de la cessation de paiements, et on n'éprouve aucune peine à admettre que cette constatation, faite pour une société, s'étende à tous les associés qui sont responsables *in infinitum* des dettes sociales, sans distinction entre leurs différents degrés de moralité.

Mais la liquidation judiciaire, bien que basée sur le

¹ Cass., 10 mars 1885 (S., 1886, 1, 410). En Allemagne (art. 128 du Code des Faillites), la faillite d'un associé n'entraîne pas de plein droit la dissolution de la société dont il est membre; on respecte ainsi l'avenir brillant, auquel est peut-être appelée la société.

même fait matériel de la cessation de paiements, est venue introduire, à côté de la faillite, une faveur accordée aux uns et refusée aux autres selon les cas, en sorte que la cessation de paiements ne comporte plus des conséquences légales identiques pour la société et pour tous les associés.

Ce que l'on doit dire aujourd'hui, c'est que la constatation judiciaire de la cessation de paiements d'une société entraîne de plein droit la cessation de paiements des associés qui se trouvent tenus solidairement des dettes sociales. En effet, l'associé d'une société déclarée en faillite peut invoquer personnellement le bénéfice de la liquidation judiciaire, s'il s'en est montré digne ¹. A l'inverse, quand une société a été mise en liquidation judiciaire, un associé malhonnête et de mauvaise foi est susceptible de tomber en faillite, ou bien, si le tribunal a concédé la liquidation judiciaire à tous les associés, la conversion en faillite peut fort bien n'avoir lieu qu'à l'égard de l'un d'eux ².

En simple logique, le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire d'une société a donc pour conséquence la cessation de paiements des associés solidaires, nous ajouterons : *et virtuellement aussi leur mise en faillite, à moins qu'ils ne réclament la liquidation judiciaire pour eux-mêmes*. Si la liquidation judiciaire n'est pas demandée par les associés solidaires dans le délai légal, ce qui n'arrivera presque jamais, ou bien si elle

¹ Paris, 21 mai 1890, *Le Droit* du 19 juillet 1890 (Voir l'article de M. Ch. Lyon-Caen); S., 90, 2, 145.

² Trib. comm. Seine, 26 juin 1890 (*La Loi* du 18 juillet 1890).

leur est refusée, le jugement d'ouverture de liquidation de la société servira également à prononcer leur mise en faillite et à ordonner l'apposition des scellés ou l'incarcération de certains d'entre eux (C. comm., art. 455 et 456); la procédure y gagnera en rapidité et en économie, puisqu'il suffira d'un seul jugement émané du tribunal dans le ressort duquel la société possède son siège social, les associés seraient-ils domiciliés dans le ressort d'un autre tribunal¹. Si au contraire les associés sont placés en état de liquidation judiciaire, ils y seront soit par le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire de la société, soit par un jugement postérieur, suivant que leur demande aura été présentée en même temps ou après le dépôt de la requête à fin de liquidation judiciaire de la société. Quoi qu'il en soit, la faillite ou la liquidation judiciaire de chaque associé tenu personnellement étant une conséquence de la liquidation judiciaire de la société, il s'ensuit qu'il y aura un seul juge-commissaire; que, par suite du dessaisissement total ou partiel qui frappe les uns et les autres, la compensation ne pourra se produire au jour du jugement déclaratif entre une dette de l'associé envers la société et une créance de l'associé contre la société; que les pouvoirs des liquidateurs s'étendront aux biens de chacun

¹ Cela n'empêcherait pourtant pas le tribunal du domicile d'un associé de recevoir sa requête à fin de liquidation judiciaire ou de prononcer sa faillite, s'il exerçait un commerce distinct de celui de la société dans un autre ressort que celui du tribunal compétent à l'égard de la société (Arg. Req., 9 juin 1882 (*J. des Faill.*, 1882, p. 265); V^o Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n^o 3418, p. 918, note 2).

des associés comme à l'actif de la société ; enfin que la date de la cessation des paiements sera la même pour la société que pour chaque associé, et cela, même au regard de ses créanciers personnels, bien qu'il ait personnellement continué de payer jusqu'à une époque ultérieure¹.

Quant à la question de savoir quels sont les associés sur qui retombe l'ouverture de la liquidation judiciaire d'une société, elle se résout aussi simplement qu'autrefois.

Ainsi, tous les membres d'une société en nom collectif et tous les commandités se trouvent en état de cessation de paiements par ce fait seul que la société dont ils font partie a été mise en liquidation judiciaire (arg. L. de 1889, art. 3, al. 1, et C. comm., art. 438, al. 2). En effet, les uns et les autres sont tenus de tous les engagements de la société (C. comm., art. 22 et 23), les dettes sociales sont les leurs, et, dès lors, il est naturel qu'ils tombent en état de cessation de paiements par cela seul qu'ils laissent en souffrance les dettes sociales². Un associé qui s'est retiré de la société

¹ Cass., 17 avril 1861 (S., 1861, 4, 609) ; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3121 ; Demangeat, t. V, p. 678. — Mais de là à déduire qu'il n'y aura qu'une seule masse de créanciers, il y a loin (*infra*, pp. 300 et 301).

² Cette solution est adoptée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence (Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. II, n° 3417 ; Boistel, nos 190 et 894 ; Rivière, pp. 677 et suiv. ; Renouard, t. II, p. 133 ; Bravard et Demangeat, t. V, p. 677 et suiv. ; Laurin, n° 1157 ; Rousseau, *Sociétés comm.*, t. II, n° 1951 ; Bédarride, nos 33 bis, 35 bis, 194 ; Troplong, *Sociétés*, nos 68 et suiv., n° 75 ; Esnault, t. II, n° 485 ; Alauzet, nos 2728, 2736 ; Bécane, *Questions sur les Faillites*,

pourrait même se voir contraint, sous la menace d'une déclaration de faillite, de demander la liquidation judiciaire, si, au moment de sa retraite, la société avait déjà cessé ses paiements ¹.

Au contraire tous les associés, dont la responsabilité est limitée à leur apport, ne tombent pas en état de cessation de paiements par le fait seul que la société dont ils sont membres se trouve en liquidation judiciaire. Par exemple, la liquidation judiciaire d'une société anonyme n'entraîne la cessation de paiements d'aucun associé, parce qu'aucun n'est tenu indéfiniment; cette sorte de société constitue une simple agrégation de capitaux qui répondent de ses engagements et elle ne présente pas d'obligés personnels; les actionnaires n'ont rien de commun avec la société que leurs actions et, une fois leur souscription versée, ils sont quittes envers

p. 43; Cass., 23 août 1853 (S., 1855, 1, 829); Cass. Req., 17 avril 1861 (*J. Pal.*, 1861, 988; D., 1861, 1, 954; S., 1861, 1, 609); Cass., 7 janv. 1873 (D., 1873, 1, 257); Req., 13 mai 1879 (D., 1880, 1, 29; *J. Pal.*, 1880, 367); Req., 9 juin 1882 (*J. des Faill.*, 1882, p. 265). — Contra certains auteurs (G. Deloison, p. 137; Pardessus, t. III, n° 976; Dalloz, v° *Société*, n° 909; Trib. comm. du Havre, 7 déc. 1880, *Journal des Sociétés*, 1881, p. 559), lesquels, s'appuyant sur le principe de l'individualité juridique de la société, soutiennent à tort que les associés en nom collectif ou les commandités sont *solidairement* tenus des dettes de la société, mais qu'ils ne sont pas solidaires avec la société. — Le Code italien (art. 835 et 847) et le Code espagnol (art. 923) adoptent en termes formels l'opinion suivie communément en France, à la différence de la loi belge et de la loi allemande (art. 124) qui statuent dans un sens opposé.

¹ Req., 9 août 1849 (et L. de 1889, art. 24).

les tiers créanciers de la société ¹. Les commanditaires ne sont pas davantage solidaires : ils ne subiront donc pas le contre-coup de la liquidation judiciaire de la société, et de la sorte les créanciers conserveront contre eux leurs actions individuelles. Il faudrait pourtant excepter le cas spécial d'immixtion dans les affaires de la société. Avant la Loi du 6 mai 1863, l'ancien article 28 du Code de commerce déclarait le commanditaire *pour un fait unique d'immixtion solidairement obligé* avec les associés en nom collectif *pour toutes les dettes et engagements de la société* même antérieurs à cet acte ; en sorte que, dans tous les cas, le commanditaire pouvait être déclaré commerçant et mis en faillite. Depuis la Loi de 1863 (C. comm., nouvel art. 28, al. 1), le commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion des intérêts de la société en vertu d'un mandat exprès ou tacite du gérant (C. comm., nouveaux art. 27 et 28 cbn.), n'est jamais considéré comme commerçant ni exposé à la faillite ou à la liquidation judiciaire, s'il ne s'est laissé aller qu'à des faits isolés d'immixtion ; mais *il peut*, suivant le nombre et la gravité de ses actes d'immixtion, être déclaré, après débats contradictoires, personnellement et solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour

¹ Toutefois la faillite du directeur d'une société anonyme pourrait avoir lieu, s'il n'avait adopté l'anonymat que pour couvrir sa responsabilité personnelle et s'il avait détourné l'argent des actionnaires (Trib. comm. Seine, 24 mars 1873). Sauf cette exception, les membres d'une société anonyme ne peuvent tomber dans le cas de demander la liquidation judiciaire pour éviter la faillite, que s'ils exercent un commerce indépendant de la société : telle est la règle.

quelques-uns seulement : dès lors, la décision qui le déclarera responsable de toutes les dettes de la société rendra le jugement d'ouverture commun et exécutoire contre lui¹.

Nous abordons maintenant une seconde disposition moins compliquée que la précédente.

Si la liquidation judiciaire d'un associé en nom collectif ou d'un commandité entraîne de plein droit la dissolution de la société, la liquidation judiciaire des sociétés de personnes, des sociétés de capitaux ou des sociétés mixtes n'est pas du tout une cause de dissolution de ces sociétés : celles-ci continuent de vivre, de même que le commerçant liquidé judiciairement jouit de la vie juridique à l'égard de toutes personnes qui ne rentrent pas dans la catégorie de ses créanciers².

Entre les deux situations il y a effectivement un abîme qui les sépare. L'un des membres d'une société en nom collectif ou d'une commandite vient-il à tomber en liquidation judiciaire, qu'il se trouve frappé d'une sérieuse présomption de ne pouvoir remplir les obligations

¹ Bédarride, p. 162, n° 196 ; Boistel, nos 215 et 894 ; Dalloz, n° 1382 ; Troplong, n° 438 ; Pardessus, n° 1037. Dans le cas où le commanditaire se serait immiscé SANS PROCURATION, la société ne serait pas obligée envers les tiers contractants ; le commanditaire encourrait personnellement une responsabilité *in infinitum* et la société lésée par ses actes pourrait lui demander des dommages-intérêts, aux termes de l'art. 1382 C. civ. (Boistel, *op. cit.*, p. 159, n° 216).

² Cass., 8 févr. 1854 ; Lyon, 3 juill. 1862 (D., 1863, 2, 95) ; Cass., 9 mai 1854 (D., 1854, 1, 203) ; Paris, 12 juill. 1869 (S., 1871, 2, 233, note de M. Ch. Lyon-Caen). Sic Vavas seur, *Traité des Sociétés civ. et comm.*, 1892, t. I, p. 191, n° 231 ; Pont, *Sociétés*, n° 1907.

qu'il a contractées envers les autres associés : cet événement compromet les combinaisons qui avaient été prévues, et surtout il rompt l'équilibre, l'égalité entre coassociés. Au contraire la liquidation judiciaire d'une société, quelle qu'elle soit, laisse intacts les rapports des coassociés entre eux ; ces rapports n'ont pas plus changé que ne varie la proportion existant entre plusieurs nombres que l'on a divisés par une même somme : d'active qu'elle était, l'égalité est devenue passive, sans que nul ne puisse en rejeter la faute sur son coïntéressé ; voilà tout. La diversité des solutions s'explique ainsi par le manque de motifs identiques¹. La dissolution se comprend d'autant moins que la liquidation judiciaire de la société peut résulter d'une gêne momentanée, d'embarras transitoires et simplement dûs à la mauvaise volonté de clients qui restent sourds à toute demande de paiements : peut-être les créanciers seront-ils intégralement désintéressés et la société, remise à la tête de ses affaires, prendra-t-elle son essor vers la prospérité.

À la vérité, la liquidation judiciaire pourra souvent être suivie de la dissolution de la société, comme dans l'hypothèse où le refus d'un concordat viendrait à nécessiter la vente des biens et créances qui composent l'actif

¹ On ne saurait donc argumenter, par un raisonnement *a fortiori* tiré de l'article 1863-4° C. civ., de ce que la faillite d'un associé produit la dissolution de la société pour soutenir que la faillite de la société, entraînant celle des associés, impose par là même la dissolution de cette société. Contra Pardessus, n° 1066 ; Trop-Long, n° 397 ; Deloison, I, p. 134, n° 89 ; Amiens, 30 janv. 1867 (D., 1869, I, 99). — La Loi allemande (art. 123) et le Code italien (art. 837) déclarent que la faillite de la société est une cause de dissolution pour toutes les sociétés de personnes et de capitaux.

social : la société serait ainsi dissoute par l'extinction de la chose (C. civ., art. 1865 - 2°). Mais cet anéantissement n'est pas de l'essence de la liquidation judiciaire : il constitue bien moins un fait nécessaire qu'une conséquence médiate, accidentelle ou, si l'on veut, naturelle ; ce serait inutile et même dangereux de l'escompter.

Le mutisme des textes nous empêche donc de voir dans le jugement d'ouverture de liquidation une cause de dissolution pour la société qui en a obtenu la faveur.

C. — *Suspension des poursuites individuelles*

En matière de faillite, il est de principe que le jugement déclaratif suspende les poursuites individuelles et qu'il crée dorénavant l'impossibilité de se faire payer par voie de saisie (saisie-exécution, saisie-arrêt, saisie immobilière, etc.) ; on décide même que le jugement déclaratif empêche non seulement d'attaquer le failli, mais encore de continuer les poursuites commencées auparavant. C'est une solution qui n'a pas été nettement formulée par le législateur de 1838 ; néanmoins elle est admise par tous les auteurs comme découlant des articles 455 *in fine*, 534, 571 et *a contrario* des articles 450, 527 alinéa 2 et 539 du Code de commerce, et on s'accorde à décider que l'article 443, alinéas 2 et 3, ne substitue le syndic au failli que pour les hypothèses exceptionnelles où le droit de poursuivre survit à la déclaration de faillite¹.

¹ Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2684.

Le législateur de 1889 s'est oublié dans un mutisme non moins équivoque : car d'un côté, si le droit individuel des créanciers est suspendu quant aux immeubles en vertu de l'article 5, alinéa 2, d'après lequel « *les créanciers ne peuvent poursuivre l'expropriation des IMMEUBLES sur lesquels ils n'ont pas d'hypothèque* », il semble résulter *a contrario* que les créanciers chirographaires soient libres d'exercer isolément des poursuites sur les meubles du liquidé ; d'un autre côté, le droit d'intenter ou de suivre « TOUTE ACTION mobilière ou immobilière ET TOUTE VOIE D'EXÉCUTION *tant sur les meubles que sur les immeubles* » est supposé par l'article 5, alinéa 1, sous l'unique condition que le demandeur agisse « *à la fois contre les liquidateurs et le débiteur.* » Les partisans de ce système repoussent en la matière toute assimilation de la liquidation judiciaire à la faillite en vertu de l'article 24, parce que les restrictions au droit commun sont de droit étroit ; et ils ajoutent que le législateur, ayant aboli le dessaisissement du liquidé, a de même écarté la suspension des poursuites individuelles¹.

Une pareille opinion tient moins de la vérité que du paradoxe.

C'est d'abord commettre une erreur juridique que de nier, en matière de liquidation judiciaire, l'existence d'un dessaisissement partiel. Sous telles conditions, que nous

¹ Trib. civ. Saint-Quentin, 12 avril 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 1, 652 ; *La Loi*, 25 avril 1889 ; S., 89, 2, 241) ; Paris, 7^e ch., 14 mai 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 1, 800 ; S., 89, 2, 241 ; D., 89, 2, 169) ; Rennes, 11 juin 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 2, 31 ; D., 89, 2, 193 ; S., 90, 2, 57). Adde Closset, avocat, *Le Droit*, 24 mai 1889 ; Leymarie, huissier, *La Loi*, 13 et 14 mai 1889.

étudierons au chapitre suivant, le liquidé administre lui-même et la procédure n'est plus centralisée aux mains d'un syndic, soit : mais de là à déduire le droit individuel de tous les créanciers privilégiés, hypothécaires, gagistes ou simplement chirographaires, d'actionner le liquidé, de faire saisir et vendre ses meubles et ses marchandises, il y a loin ; seulement, si la suspension des poursuites individuelles découle tout naturellement du dessaisissement, de la concentration de l'administration et de tous les droits du failli entre les mains des syndics, cette même suspension provient de ce que le liquidé, quoique administrant sa fortune sous le contrôle d'un liquidateur, subit un dessaisissement partiel par suite de l'interdiction (qui n'est même nulle part formulée explicitement par le Code de commerce) de s'endetter et d'aliéner tout ou partie de son actif (L. 1889, art. 5, al. 2 *in fine*).

Telle a bien été l'intention du législateur de 1889. Nous en trouvons la preuve, non seulement à la lecture du projet de revision totale de la Loi de 1838 (art. 441 et 530)¹, mais encore dans la rédaction vicieuse de la nouvelle loi qui a été calquée sur les textes imparfaits du Code de commerce. Par exemple, la suspension des poursuites individuelles relativement aux *immeubles* est consacrée pour les créanciers n'ayant pas d'hypothèque par l'article 5, alinéa 2, de la nouvelle loi, lequel n'est que la reproduction de l'article 571 du Code de commerce. Maintenant, quant aux *meubles* et aux *immeubles* : 1° Les termes de l'article 5, alinéa 1, de la Loi

¹ Voir Bailly, *op. cit.*, p. 9, note 2.

de 1889 sont identiques à ceux de l'article 443, alinéas 2 et 3, du Code de commerce, lequel ne soulève plus aucun doute touchant l'existence de la suspension des poursuites individuelles; seulement, le liquidé assisté de son liquidateur est substitué au syndic, et l'unique but de l'article 5, alinéa 1, est de réglementer contre qui les créanciers étrangers à la masse devront agir. 2° L'article 527, alinéa 2, du Code de commerce qui, aux termes de l'article 24 de la Loi de 1889, reçoit application en matière de liquidation judiciaire, porte que le jugement de clôture pour insuffisance d'actif « *fait rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles* » contre les biens du débiteur; c'est donc qu'en thèse générale, avant la clôture pour insuffisance d'actif, les créanciers, tout au moins chirographaires, ont perdu leur droit de poursuivre. 3° Enfin, quel sens donnerait-on à l'article 19, alinéa 2, 1°, qui, étendant à la liquidation judiciaire l'application de l'article 447 du Code de commerce, comprend, au nombre des cas rendant nécessaire la faillite, celui où un créancier reçoit paiement de son débiteur dont il connaît la cessation de paiements? Comme on le voit, toutes ces dispositions reproduites du Code de commerce se concilient à merveille avec la suspension des poursuites individuelles.

Au reste, si les créanciers du liquidé pouvaient dès le début faire disparaître tout son actif par leurs saisies et arriver à être désintéressés en se conformant aux règles du droit commun, que deviendraient les mesures conservatoires prescrites par la loi, les formes de la vérification et de l'admission à la masse, les conditions de l'établis-

sement d'un concordat obligatoire pour tous et cette autre solution des opérations préliminaires consistant en ce que « *la liquidation judiciaire continue jusqu'à la réalisation de l'actif* » (L. 1889, art. 19, al. 1, 2°), ce qui suppose que l'actif n'a pas été réalisé auparavant, etc. ? — Où se révélerait cet esprit de bienveillance qui a inspiré la loi de réforme et l'a rendue favorable à la continuation de l'exploitation industrielle ? — Ce serait un désastre, non seulement pour le débiteur, mais aussi pour ses créanciers dont le gage disparaîtrait, alors que les motifs de suspendre les poursuites individuelles en cas de faillite se représentent avec la même force au cas de liquidation judiciaire. En effet, dans l'un et l'autre cas il y a même nécessité d'éviter les complications de procédure, les frais inutiles et l'inanité de voies d'exécution qui ne sauraient permettre aux créanciers n'ayant pas de sûreté spéciale de se faire payer par préférence sur le prix provenant de la vente des objets saisis ; dans l'un et l'autre cas le principe d'égalité entre créanciers exige une procédure d'ensemble organisée dans l'intérêt collectif de la masse. — La simple logique, l'esprit et l'économie générale de la loi nouvelle s'opposent donc à ce que les voies d'exécution soient librement ouvertes à chaque créancier après le jugement déclaratif de liquidation¹.

¹ Sic Danjon, à son cours ; Boistel, *op. cit.*, pp. 1201 et 1202, et note sous D., 89, 2, 169 ; Bailly, *op. cit.*, p. 9^e, note 2 ; Fremont et Camberlin, t. I, nos 488 et 494 ; Lecomte, n° 437 ; Lyon-Caen, *Manuel*, pp. 924-923 ; Goirand, pp. 183-185 ; E. Lalubie, pp. 44-49. Jurisprudence : Trib. civ. de Tunis, 23 mars et 6 avril 1889 (S., 89, 2, 248) ; Ordonn. du présid. trib. civ.

Quelque probante que soit cette argumentation, le principe de la suspension des poursuites individuelles n'existait que d'une façon dérivée ; une Loi du 4 avril 1890 est venue l'affirmer et modifier en ces termes le premier alinéa de l'article 5 :

« A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, LES ACTIONS MOBILIÈRES OU IMMOBILIÈRES ET TOUTES VOIES D'EXÉCUTION, tant sur les meubles que sur les immeubles, SONT SUSPENDUES COMME EN MATIÈRE DE FAILLITE. CELLES QUI SUBSISTENT doivent être intentées ou suivies à la fois contre les liquidateurs et le débiteur ¹. »

Désormais toute controverse sur le principe de la suspension des poursuites individuelles est superflue ; quant aux exceptions qu'il comporte, elles sont encore les mêmes qu'en matière de faillite.

En conséquence, les créanciers hypothécaires et les créanciers à privilèges spéciaux, c'est-à-dire les créanciers privilégiés sur certains immeubles (C. comm., art. 571) et les créanciers nantis d'un gage (C. comm., art. 546-548), conservent, malgré le jugement de liquidation, le droit de procéder à des voies d'exécution sur les biens spécialement frappés de leurs hypothèques ou de leurs privilèges, pour être désintéressés, par préfé-

Marseille, 10 avril 1889 (D., 1889, 2, 169) ; Trib. civ. Seine, 14 mai 1889 (D., 1889, 2, 172) ; Trib. civ. de Château-Thierry, 6 juin 1889 (*J. des Faill.*, 1889, p. 394) ; Trib. civ. de Lyon, 7 juin 1889 (*Annales de Droit comm.*, 1889, p. 124) ; C. de Paris, 1^{re} ch., 18 juillet 1889 (*J. des Faill.*, 1889, p. 325) ; 26 nov. 1889 (D., 90, 2, 249).

¹ *Journal officiel* du 5 avril 1890 (D. P., p. 1821). Voir les documents relatifs à la loi modificative du 4 avril 1890 dans M. Le-comte, *op. cit.*, pp. 833 et suiv.

rence aux créanciers de la masse, sur le prix ; cela est logique, puisque le gage, le privilège ou l'hypothèque stipulé a précisément pour but de les soustraire aux conséquences de la liquidation judiciaire éventuelle de leur débiteur. Mais ces divers créanciers, nantis d'une garantie réelle spéciale, ne pourront pas actionner le débiteur seul : ils devront agir « *à la fois contre le débiteur et les liquidateurs* », pour cette raison que le liquidé, à la différence du failli, n'a pas de représentants légaux en la personne des liquidateurs, et que les liquidateurs, étant les surveillants autorisés des actes du liquidé, doivent évidemment leur assistance aux actions intentées ou suivies contre lui¹.

Toutefois les exceptions admises souffrent elles-mêmes deux restrictions :

1° Les créanciers hypothécaires et les créanciers à privilèges spéciaux sur les immeubles ne sont plus admis à poursuivre l'expropriation des immeubles affectés à la garantie de leurs créances, s'ils ont laissé passer l'un des événements mentionnés dans les articles 15, al. 2, deuxième phrase, et 19, al. 1, 2° (L. de 1889), c'est-à-dire s'ils ont attendu l'établissement d'un concordat par abandon d'actif, ou bien si, à défaut de traité, le tribunal a déclaré, soit la continuation de la liquidation de l'actif, soit la faillite. En effet, dans la double hypothèse de concordat par abandon d'actif et de continuation de la

¹ Et les créanciers qui n'ont pour sûreté qu'un privilège *général*, jouissent-ils eux aussi d'un droit de poursuites individuelles ? Nous ne le croyons pas (Sic Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 674, n° 2685 ; Boistel, *op. cit.*, p. 694. — Contra Danjon, à son cours).

liquidation judiciaire jusqu'à la réalisation et la répartition de l'actif, on applique l'article 541 du Code de commerce et les autres articles auxquels il renvoie (art. 529 et suiv.) ; maintenant, en cas de faillite, il est procédé conformément aux articles 529 et suivants du Code de commerce : de telle sorte que dans tous ces cas les règles suivies sont celles de l'union. Or, d'après l'article 572 du Code de commerce, « *s'il n'y a pas de poursuite en expropriation des immeubles COMMENCÉE avant l'époque de l'union, les syndics seuls seront admis à poursuivre la vente.* » Pourquoi cette prohibition ? Tout simplement parce que, l'article 572 *in fine* obligeant les syndics à procéder à la vente des immeubles *dans la huitaine* de la constitution de l'union, les créanciers hypothécaires et les créanciers privilégiés sur certains immeubles peuvent attendre comme les autres. Nous concluons donc que ces divers créanciers conservent leur droit individuel de poursuivre uniquement pendant la période préparatoire que nous décrirons plus tard dans notre chapitre IV.

2° Parmi les créanciers gagistes figure le bailleur des immeubles loués au liquidé et servant à l'exploitation de son commerce en tout ou en partie. Celui-là est privilégié, pour la garantie du paiement des loyers, sur les effets mobiliers servant au commerce du liquidé, et régulièrement il aurait le droit de procéder, malgré la liquidation judiciaire, à des voies d'exécution sur les meubles de son locataire. Mais agir ainsi serait faire tort au liquidé en le privant presque toujours du bénéfice d'un concordat ; la masse n'y gagnerait pas davantage, car l'exploitation se trouverait forcément inter-

rompue, alors qu'il eût été préférable de la continuer.

Pour remédier à ce double inconvénient, la Loi de 1838 (C. comm., art. 450 et 550), sans dénier le droit du bailleur, introduisit une suspension de ce droit pendant trente jours à partir du jugement déclaratif de faillite, de manière à laisser au syndic le temps de se retourner et de se procurer des fonds pour désintéresser le propriétaire. L'idée était excellente, mais le délai d'un mois vraiment trop court, à tout le moins dans une faillite de quelque importance. De plus, le législateur laissait au propriétaire la faculté de résilier le bail ; or, comme un propriétaire est toujours fondé en pareille occurrence à demander la résiliation du bail, le commerce se trouvait par là même interrompu.

C'est pourquoi la Loi du 12 février 1872 vint transformer les articles 450 et 550 du Code de commerce en suspendant à la fois le droit de saisie et le droit de résiliation du bailleur ; le délai n'était plus de trente jours au maximum, il variait avec l'importance de la faillite. Il y avait là une double dérogation au droit commun :

A. La faillite suspendait momentanément le privilège du bailleur ; mais elle n'empêchait pas ce dernier de procéder à des actes conservatoires, par exemple à des saisies-revendications sur les effets mobiliers détournés. Au surplus, cette suspension était restreinte aux effets mobiliers qui servent à l'exploitation commerciale ou industrielle ; par conséquent, s'il se rencontrait dans les lieux loués des meubles ne servant pas au commerce, le propriétaire n'était pas tenu, pour les faire vendre, d'attendre l'expiration des délais prescrits. Enfin, la

suspension ne frappait pas le propriétaire quand il disposait du droit de reprendre la possession des lieux loués, puisqu'on était alors dans l'obligation de les laisser libres.

B. La seconde dérogation au droit commun consistait en ce que, à partir de 1872, la faillite suspendait une action en résiliation de contrat; et non seulement la faillite suspendait cette action, mais en outre elle l'exposait à une forclusion complète, car le bailleur devait répondre sans retard à la demande en continuation de bail qui lui était faite.

Quelle a été l'influence de la Loi du 4 mars 1889 sur ces dispositions ?

La loi nouvelle n'a rien changé en dehors de ces deux points prévus par l'article 18 :

a. Dans la faillite, ce sont les syndics qui notifient au propriétaire leur intention de continuer le bail, à charge de satisfaire à toutes les obligations du locataire; de plus, la notification ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation du juge-commissaire et le failli entendu (C. comm., art. 450, al. 1 et 2). En matière de liquidation judiciaire, « *la notification à faire, s'il y a lieu, au propriétaire dans les termes de l'article 450 du code de commerce, est faite par le débiteur et les liquidateurs avec l'autorisation du juge-commissaire.* »

b. Pour notifier leur intention, le débiteur et les liquidateurs ont « *un délai de huit jours à partir de la première assemblée de vérification;* » il en résulte que toute voie d'exécution de la part du bailleur d'immeubles sur les effets mobiliers servant au commerce du liquidé, ainsi que le droit d'agir en résiliation du

bail, se trouvent suspendus jusqu'à l'expiration des huit jours qui suivent la première assemblée de vérification. Au contraire, en cas de faillite, le bailleur des immeubles loués au failli doit recevoir la notification des syndics dans les huit jours qui suivent l'expiration du délai de vingt jours accordé aux créanciers domiciliés en France pour la vérification de leurs créances (C. comm., art. 450, al. 1)¹.

Avant de terminer, nous dirons un simple mot de l'effet en question relativement aux sociétés.

La suspension des poursuites individuelles se produit également dans les liquidations judiciaires de sociétés.

S'agit-il d'une société en nom collectif ou en commandite? Les créanciers personnels des associés ou des commandités, de même que les créanciers sociaux, perdent le droit d'attaquer individuellement leur débiteur, parce que la liquidation judiciaire, tout comme la faillite, constitue un état indivisible.

Au cas d'une société anonyme ou en commandite par actions, il est évident que les créanciers des actionnaires

¹ Drouaux (*Commentaire de la Loi du 4 mars 1889 sur les Liquidations judiciaires*, Paris, 1889, p. 53) estime, non sans raison, que le débiteur et les liquidateurs ne pourront jamais savoir, dans le court délai de huit jours fixé par la nouvelle loi, s'ils doivent ou non continuer le bail, et qu'ils ne seront fixés à cet égard qu'après le vote et l'homologation du concordat. Or, très rigide se montre la Loi de 1872 pour le cas où dans ces huit jours la notification n'est pas faite, puisqu'elle permet alors au propriétaire à qui il est dû des loyers échus de poursuivre la résiliation du bail, et de faire saisir et expulser un malheureux qui légitimement s'attendait peut-être à rester à la tête de ses affaires.

conservent leur pleine initiative, puisque les actionnaires ne tombent pas en état de cessation de paiements *ipso facto*, par le fait même de la liquidation judiciaire de la société.

Plus délicat est le point de savoir si, en matière de sociétés anonymes, les poursuites sont possibles contre les administrateurs et fondateurs qui, par suite de dol ou de faute, ont engagé leur responsabilité, soit envers la société et indirectement envers les créanciers sociaux, soit à l'égard de chacun des actionnaires ou de quelques actionnaires ou créanciers. La règle est la suivante : la suspension des poursuites ne frappe que les actions qui intéressent la masse des créanciers ou la masse des actionnaires ; elle est inapplicable au cas où il s'agit d'une action individuelle à intenter par un actionnaire ou par un créancier¹. Toute la difficulté consiste à nettement distinguer l'action sociale de l'action individuelle ; en manière de critérium on peut dire : l'une tend à la réparation d'un dommage qui a frappé tous les actionnaires au *pro rata* de leur mise sociale, tandis que l'autre tend à la réparation d'un préjudice causé à quelques actionnaires seulement, ou causé à tous sans proportion avec leurs parts dans la société².

¹ Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. II, n° 3124 ; Vavas seur, *Soc. civ. et comm.*, t. I, p. 505, n° 749 ; Pont, n° 1545 ; Cass., 21 déc. 1875 (D., 1877, 1, 17) ; Toulouse, 26 déc. 1876 (D., 1879, 1, 209) ; Douai, 8 mai 1877 (D., 1879, 2, 199) ; Paris, 19 avril 1875 (D., 1875, 2, 161) ; 26 mai 1879 (D., 1880, 2, 42).

² Sic Vavas seur, *op. cit.*, t. I, n° 743. V° Cour de Bordeaux, 6 févr. 1893, 1^{re} ch. (*J. Faill.*, 1893, p. 298).

D. — *Exigibilité des dettes.*

Le liquidé est déchu personnellement du bénéfice du terme : cela veut dire que les créances à terme deviennent exigibles à son égard au même titre que les créances pures et simples, et que les créanciers à terme sont autorisés à prendre part aux opérations de la liquidation et aux répartitions de dividendes comme si leurs créances étaient échues.

La règle est posée par l'article 8, al. 1, en ces termes : « *Le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire rend exigibles, à l'égard du débiteur, les dettes passives non échues.* ».

C'est là une disposition reproduite littéralement de l'article 444, al. 1, du Code de commerce et que l'on retrouve dans l'article 1188 du Code civil en ce qui concerne le failli¹.

A la rigueur même, le renvoi général de l'article 24 de la Loi de 1889 suffisait amplement à la consécration de ce nouvel effet qui se justifie, comme en matière de faillite, par la triple nécessité de maintenir entre les créanciers non munis de privilège ou d'hypothèque la plus stricte égalité; d'éviter les complications inutiles et dangereuses, que provoquerait la mise en réserve des dividendes afférents aux créanciers pour lesquels l'échéance ne serait pas encore arrivée; enfin de recon-

¹ Le principe posé par l'article 1188 rencontre des applications dans les articles 1276, 1613, 1865-4°, 1913, 2003, 2032, alinéa 2, du Code civil.

naître l'erreur d'une marque de confiance, qui n'avait été accordée qu'en raison du crédit du débiteur.

L'exigibilité anticipée s'applique aux dettes civiles ou commerciales sans distinction ; mais elle n'efface que le terme, elle ne saurait faire disparaître la condition. Le créancier sous condition résolutoire sera traité comme le créancier pur et simple ; quant au créancier sous condition suspensive, il figurera pour la forme aux distributions de dividendes et, en attendant l'accomplissement de la condition, les liquidateurs déposeront à la Caisse des dépôts et consignations les dividendes qui auront été affectés au paiement de sa créance¹.

L'exigibilité anticipée s'applique encore aux dettes hypothécaires ou privilégiées comme aux dettes chirographaires, en ce sens qu'elle autorise les bénéficiaires à participer aux diverses opérations de la liquidation. Mais les créanciers qui par exception conservent la faculté d'exercer des poursuites individuelles sur certains biens du liquidé, tels que les créanciers hypothécaires et les créanciers privilégiés nantis, pourront-ils, si leur créance est à terme, invoquer l'exigibilité produite par la liquidation judiciaire, pour réclamer la vente de leur gage spécial avant l'échéance de leur titre ? En présence des termes généraux et absolus de l'article 8, al. 1, l'affirmative doit être soutenue, comme elle est suivie, du moins en jurisprudence, aux termes de l'article 444, al. 1, du Code de commerce². Quant au

¹ Sic Alauzet, t. VI, n° 2486 ; Boistel, *op. cit.*, p. 695, n° 923.

² Sic Rataud, à son cours ; Marcadé, *Explication du Code civil*, sur l'article 448 ; Mourlon, *Rev. prat.*, 1867, t. XXIII, pp. 480 et

bailleur des lieux loués au liquidé, il ne peut pas exiger de suite le paiement des loyers à échoir, si le liquidé et les liquidateurs ne vendent pas les meubles qui constituent sa garantie¹.

L'exigibilité accidentelle des dettes du liquidé ne confère pas aux créanciers à terme la liberté d'invoquer la compensation, s'ils sont eux-mêmes des débiteurs purs et simples ; car le chiffre du dividende auquel l'exigibilité leur donne droit est incertain et, comme il n'est ni liquide ni exigible, la compensation légale ne peut avoir lieu (C. civ., art. 1291). A l'inverse, si un créancier du liquidé est créancier pur et simple et en même temps son débiteur à terme, la compensation demeure impossible, parce que le créancier, pour opposer la compensation, ne peut renoncer au bénéfice du terme de sa dette sans porter préjudice à ses cocréanciers, dont les droits ont été définitivement fixés par le jugement déclaratif². La seule exception qu'on puisse admettre est le cas de compte courant : le tiers, qui a reçu du liquidé des effets à terme et n'a pu les encaisser, fera une contre-passation d'écritures, c'est-à-dire qu'il por-

suiv. ; et la Jurisprudence : Lyon, 16 févr. 1881 (D., 1881, 2, 237, et S., 1882, 2, 44) ; Aix, 26 avril 1884 (*J. Faill.*, 1884, pp. 404 et suiv.) ; Trib. civ. de Compiègne, 5 nov. 1891 (*J. Faill.*, 1892, p. 126 et suiv.) ; Cour d'Amiens, 11 févr. 1892 (*J. Faill.*, 1893, p. 207). — Contra Danjon, à son cours ; Boistel, *op. cit.*, p. 696, n° 924 ; Lyon-Caen, *Précis*, p. 676, n° 2693 ; Alauzet, t. VI, n° 2485 ; Bravard et Demangeat, t. V, pp. 157-159 ; Pardessus, t. III, n° 1127 ; Renouard, t. I, pp. 334-335, et t. II, p. 332 ; Demolombe, *Traité des contrats et obligations*, 1877-1885, t. II, n° 662.

¹ C. comm., art. 550 modifié par la loi du 12 févr. 1872.

² Cass., 9 juillet 1860 (S., 60, 1, 696 ; D., 60, 1, 308).

tera au débit du liquidé le montant des valeurs non recouvrées dont il est devenu son créancier¹.

Le liquidé seul est déchu du bénéfice du terme (art. 8, al. 1).

Par conséquent, cette faveur n'est retranchée ni à ses débiteurs personnels, ni à ses coobligés, fussent-ils même solidaires.

Cependant il est une double restriction au principe que la liquidation judiciaire ne nuit point aux coobligés du liquidé :

1° A supposer que le liquidé soit une *caution*, le créancier est en droit d'exiger du débiteur principal une autre caution, à moins que la caution en liquidation judiciaire n'ait été nominativement désignée par le créancier (C. civ., art. 2020).

2° D'une part, en matière de billet à ordre, en cas de liquidation judiciaire du *souscripteur*, ou d'autre part, en matière de lettre de change, en cas de liquidation judiciaire de l'*accepteur* ou, si la lettre n'a pas été acceptée, en cas de liquidation judiciaire du *tireur*, les autres obligés sont tenus envers le tiers porteur, ou bien de donner caution pour garantir le paiement à l'échéance, ou bien, s'ils le préfèrent, de payer de suite (C. comm., art. 163, al. 2, et art. 144, al. 2). Ce recours immédiat s'explique par le crédit dont le législateur a voulu entourer les effets négociables ; mais nous remarquerons qu'il est entièrement subordonné au cas de liquidation judiciaire du débiteur principal².

¹ Cass., 25 juin 1862 (S., 62, 4, 975 ; D., 62, 4, 479).

² L'exception inscrite dans l'art. 444, al. 2, du Code de commerce ne figure pas au nombre des dispositions de notre art. 8 ;

Lorsque c'est l'un des endosseurs qui tombe en liquidation judiciaire, le porteur ne dispose pas du droit de réclamer caution ou remboursement avant le terme au souscripteur dans le cas de billet à ordre, ni à l'accepteur ni au tireur dans l'hypothèse d'une lettre de change; de même, quand le tireur d'une lettre de change est déclaré en état de liquidation judiciaire, alors que la lettre de change a été acceptée par le tiré, le porteur ne peut recourir ni contre l'accepteur, ni contre tous les endosseurs : car, le porteur ne risque point de rester impayé, puisque le débiteur principal n'est pas en liquidation judiciaire. Toutefois, si c'est le tiré qui entre en liquidation judiciaire avant d'avoir accepté, comme il est certain que l'acceptation n'aura pas lieu ou du moins qu'elle ne pourra valablement être faite, le porteur, après avoir fait dresser le protêt faute d'acceptation, agira contre ses garants, tireur et endosseurs, en leur demandant caution ou remboursement (C. comm., art. 120).

A supposer qu'une société tombe en liquidation judiciaire, les dettes à terme de cette société et celles des associés en nom collectif ou des commandités deviennent immédiatement exigibles, comme celles de l'individu liquidé judiciairement (L. de 1889, art. 8, al. 1).

S'ensuit-il que les actionnaires et les commanditaires, qui ne doivent effectuer leurs versements qu'à des époques plus ou moins éloignées, se voient déchus des

mais il a été dit dans les débats parlementaires (Chambre des Députés, séance du 18 oct. 1888), qu'à cet égard le renvoi général de l'art. 24 est suffisant.

termes accordés et, de la sorte, contraints de se libérer sans retard sur la demande des liquidateurs ? Nous ne le pensons pas. C'est là sans doute une opinion que ne suivra pas la jurisprudence pour cette considération pratique que si on respectait les termes stipulés pour le versement du capital social, la liquidation judiciaire des sociétés deviendrait par trop lente et compliquée¹. Néanmoins nous maintenons notre assertion comme pleinement conforme au texte des articles 8, alinéa 1, de la Loi de 1889 et 444, alinéa 1, du Code de commerce qui, rendant exigibles les dettes du « débiteur » et les dettes du « failli » c'est-à-dire de la société, laissent intacts les engagements pris par chaque actionnaire ou commanditaire².

¹ En ce sens, Paris, 8 févr. 1884 (*J. du Pal.*, 1884, p. 619). Adde Alauzet, n° 2489.

² Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. II, n° 3123, et *Manuel*, n° 1202; Boistel, n° 933; Thaller, *Rev. crit.*, 1885, p. 295; Namur, t. III, n° 1676. Il est possible qu'aucun terme n'ait été fixé et que les versements complémentaires aient été stipulés par les statuts exigibles au gré de la société sur l'initiative du conseil d'administration ou après avis de l'assemblée générale; dans cette hypothèse, le liquidateur, au nom des créanciers sociaux, a le droit d'obliger les actionnaires ou commanditaires à se libérer sur-le-champ (Sic Trib. du Havre, 9 janv. 1884 (*J. Faill.*, 1884, p. 725); Trib. Seine, 15 déc. 1881 et 15 janv., 2 mai, 3 juin 1884 (*J. Faill.*, 1883, p. 99, et 1884, pp. 158, 343 et 413); Cass., ch. civ., 20 oct. 1886 (*Rev. des Soc.*, 1887, janv., p. 14). — Contra Cour de Paris, laquelle, dans un arrêt du 8 févr. 1884 (S., 1884, 2, 117) et dans un autre du 7 août 1884, (*J. Faill.*, 1884, p. 521), impose à tort aux syndics l'obligation de demander l'autorisation du juge-commissaire ou d'établir la preuve de l'insuffisance de l'actif social. Cf. Cour de Paris, 11 févr. 1891, 3^e ch. (*J. Faill.*, 1893, p. 59).

E. — *Cessation du Cours des Intérêts*

Le jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire « *arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou par une hypothèque* (L. 1889, art. 8, al. 1 *in fine*).

Ce n'est qu'à l'égard de la masse seulement¹ : dès lors, ces intérêts continuent de courir à l'encontre du liquidé, qui devra les acquitter intégralement sous peine de s'interdire un jour la réhabilitation (C. comm., art. 604) ; ils courent encore contre les codébiteurs ou les cautions du liquidé.

Quant aux intérêts des créances non chirographaires, ils ne cessent pas de courir ; seulement « *ils ne peuvent être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilège, à l'hypothèque ou au nantissement* » (L. 1889, art. 8, al. 2). Si l'immeuble hypothéqué ou l'objet du gage suffit à désintéresser en capital et intérêts les créanciers hypothécaires privilégiés ou nantis, tout est bien. Dans l'hypothèse contraire ils deviennent de simples créanciers chirographaires ; mais alors pourront-ils produire à la liquidation pour obtenir un dividende à raison de la part d'intérêts qui ne leur a pas été payée ? Non ; la question est toutefois controversée en matière de faillite. Ainsi la Cour de Cassation, arguant de l'article 1254 du Code civil, fait le raison-

¹ V^o Trib. comm. Seine, 29 juill. 1891 (*Gaz. Pal.*, 91, 2, 274) ; Cass., ch. civ., 17 janv. 1893 (*J. Faill.*, 1893, pp. 289 et suiv.).

nement suivant : Quand un paiement n'est pas intégral, l'imputation a lieu d'abord sur les intérêts ; par conséquent, si le capital n'est pas entièrement remboursé, les créanciers munis d'une garantie spéciale viendront en concours avec les autres créanciers pour recueillir un dividende sur les valeurs appartenant à la masse¹. Dans une opinion différente qui consacre avec raison, croyons-nous, une dérogation à l'article 1254 du Code civil, on dit : La masse chirographaire ne doit pas avoir à souffrir directement ou indirectement du cours des intérêts à partir du jour où le jugement déclaratif a été prononcé ; dès lors, si le prix du bien affecté à la garantie spéciale du créancier se trouve insuffisant pour éteindre la dette en capital et intérêts, on imputera le prix d'abord sur le capital et non sur les intérêts².

Quoi qu'il en soit, la règle de la cessation du cours des intérêts et les restrictions qu'elle comporte ont été transcrites littéralement de l'article 445 du Code de commerce. Ici encore la disposition générale de l'article 24 eût suffi à cette extension : en effet, aussi bien en cas de liquidation judiciaire qu'en matière de

¹ Cass., ch. civ., 26 déc. 1871 (D., 1873, 1, 145) ; Cass., ch. civ., 12 juill. 1876 (D., 1877, 1, 305). — Adde Boistel, *op. cit.*, p. 707, n° 937 ; Laroque-Sayssinel, t. I, n° 278 ; Labbé, note sous arrêt du 26 déc. 1871 (S., 72, 1, 49) ; Dutruc, *Dict. du cont. comm.*, 6^e édit., 1875, v° Faillites, n° 1240 bis.

² Sic Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 684, n° 2704 ; Alauzet, t. VI, 2492 ; Bravard et Demangeat, t. V, p. 186, note 1. Adde Lyon, 30 août 1861 (S., 62, 2, 126) ; Bordeaux, 10 déc. 1874 (D., 76, 2, 235) ; Rouen, 6 févr. 1882 (*Gaz. Pal.*, 82, 2, 503 ; *J. Faill.*, 1882, p. 305) ; Cass., 17 nov. 1862 (S., 63, 1, 205) ; Trib. civ. de Montbrison, 14 mars 1891 (*J. Faill.*, 1893, pp. 177 et suiv.).

faillite, la situation des créanciers doit être égale et il importe que les intérêts des fortes créances contre le débiteur ne viennent pas absorber la majeure partie de l'actif au préjudice des petits créanciers qui n'ont pas d'intérêts à toucher; de même, dans les deux cas, il convient de laisser courir les intérêts des créances munies d'une sûreté spéciale, qui doit avoir pour effet de mettre les intéressés à l'abri des conséquences désastreuses de l'infortune de leur débiteur.

Seules les dettes *de capital* cessent d'être productives d'intérêts.

Que faut-il alors décider pour le cas où le liquidé s'est rendu débiteur *d'intérêts* ou *d'arrérages*? L'arrêt du cours des intérêts ne saurait avoir d'application aux dettes d'intérêts ou d'arrérages, parce que ce serait du même coup anéantir la créance du crédi-rentier. Si donc le liquidé a garanti les intérêts d'un capital jusqu'à son remboursement par le débiteur principal, le créancier sera colloqué pour le montant du capital, sauf à ne lui servir que les intérêts du dividende qui lui reviendra; puis, quand le débiteur principal aura remboursé, le dividende sera distribué à la masse de la liquidation¹. S'agit-il d'une *rente viagère*? Les liquidateurs devront faire capitaliser la rente (C. civ., art. 1978) et réduire ensuite ce capital dans la proportion du rendement de la liquidation : la somme attribuée au crédi-rentier sera placée de manière à assurer le service des arrérages à partir de la distribution jusqu'à sa mort, époque à laquelle cette somme reviendra à la liquidation judi-

¹ Bruxelles, arrêt du 26 mai 1841 (Rép. D., n° 262).

ciaire et fera l'objet d'une répartition entre ses créanciers¹. Quant aux *rentes perpétuelles* dont le liquidé serait débiteur, il n'est point de difficulté : le créancier ne peut pas réclamer les arrérages échus depuis le jugement d'ouverture de la liquidation, parce que le capital devient exigible (C. civ., art. 1913 et L. de 1889, art. 24 cbn).

Toutes ces règles relatives à l'arrêt du cours des intérêts trouvent leur application au cas de liquidation judiciaire des sociétés.

En outre, s'il s'agit d'une société en nom collectif ou en commandite, les associés et les commandités restent débiteurs des intérêts, et celui d'entre eux qui voudra se réhabiliter devra produire des quittances de l'intégralité des dettes (capital et intérêts)².

Nous ne saurions enfin passer sous silence l'hypothèse du remboursement des obligations à primes³.

Une société financière, commerciale ou industrielle émet des obligations remboursables à long terme, d'après des tirages annuels et à un taux supérieur à celui de l'émission. Si l'on veut, c'est une Compagnie de chemins de fer qui émet des obligations au taux de

¹ Sic Danjon, à son cours; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2704; Boistel, n° 936, p. 706; Pont, *Petits contrats*, t. I, n° 764.

² Il est évident que rien de semblable ne se produit dans la liquidation judiciaire des sociétés de capitaux.

³ Nous ne parlerons pas des obligations à lots, dont les règles sont, croyons-nous, les mêmes que celles qui régissent les obligations à primes; autrement il y aurait à faire un calcul de chances, qui compliquerait à l'infini la supputation du dividende de chaque obligataire.

300 francs : ces obligations rapportent 15 francs d'intérêts et sont remboursables chaque année par voie de tirage au sort au capital nominal de 500 francs. Peu de temps après sa fondation, la Compagnie demande et obtient la liquidation judiciaire. Les obligations non encore amorties deviennent immédiatement remboursables ; la grosse difficulté est de savoir à quel taux.

Au taux d'émission ? c'est certain ; toutefois s'en tenir là ¹ serait méconnaître, au profit de la masse des créanciers sociaux, le droit des obligataires, qui n'ont adhéré au sacrifice immédiat d'une réduction d'intérêts de 5 % par exemple, au lieu de 6 %, qu'à l'effet d'obtenir une prime gagnée par eux chaque année et capitalisée pour eux par la Compagnie ².

Faut-il donc admettre que les obligataires puissent en outre élever des prétentions à la prime entière de remboursement, s'élevant dans notre espèce à la somme de 200 francs par titre ³ ? Pas davantage ; car la prime représente les intérêts économisés et accumulés pendant tout le délai d'amortissement par la Compagnie, et ainsi les intérêts à courir du jugement déclaratif au terme final du remboursement : or la liquidation judiciaire arrête le cours des intérêts, et, si l'on contrevenait à cette disposition qui sauvegarde l'égalité entre créanciers, on commettrait une scandaleuse iniquité envers les créanciers de la Compagnie pour avantager les obligataires par un enrichissement inattendu ⁴.

¹ Cour de Paris, 23 mai 1862 ; Loi italienne, art. 829.

² Trib. Seine, 10 avril 1878 (D., 1880, 2, 25).

³ Cour de Lyon (D., 1874, 2, 201 et 204).

⁴ Danjon, à son cours ; Deloison, p. 358 ; Vavasseur, n° 548.

De là ressort la nécessité de concilier ensemble les intérêts de la masse et les droits des obligataires.

Il suffira aux tribunaux, non pas de statuer dans tous les cas d'après une règle uniforme et mathématique¹, mais dans chaque affaire d'ajouter au capital d'émission un supplément calculé *ex æquo et bono* « en tenant compte du taux de l'intérêt, du temps écoulé et du temps restant à courir jusqu'à l'expiration de la période de remboursement². »

F. — Hypothèque de la masse.

La masse des créanciers reçoit, par l'intermédiaire des liquidateurs, une hypothèque sur les immeubles du liquidé (L. 1889, art. 4, al. 1 *in fine* et art. 5, al. 2).

Pareillement, les syndics prennent inscription sur les immeubles du failli au nom de la masse (C. comm., art. 490, al. 3).

De telle sorte que l'innovation de la Loi de 1889 se résume dans la substitution des liquidateurs aux syndics³.

¹ Comme l'a proposé le Trib. de comm. de la Seine le 6 oct. 1875 (*Journ. des Trib. de comm.*, 1876, p. 511).

² Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. II, n° 2700, pp. 681-683. — La loi du 12 janv. 1886, qui a proclamé la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale, semble bien écarter le système de Boistel (n° 934), d'après lequel, *les obligataires ayant droit pour le passé à un intérêt d'au moins 6 %*, il faudrait « rétablir les intérêts à 6 % et augmenter la créance d'autant de fois 1 % qu'il se sera écoulé d'années depuis le versement. »

³ Quant à l'inscription, elle sera reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a liquidation judiciaire, et relatant la date du jugement par lequel auront été nommés les liquidateurs provisoires (C. comm., art. 490, al. 3 *in fine*, et L. de 1889, art. 24).

Ce nouvel effet du jugement déclaratif s'applique encore à la liquidation judiciaire des sociétés. Seulement, en cas de liquidation judiciaire d'une société de personnes ou d'une société mixte, le liquidateur prendra inscription, au profit de la masse des créanciers sociaux, non seulement sur les immeubles de la société, mais aussi sur les immeubles des associés tenus personnellement. Comme les créanciers personnels de chacun des associés forment une masse distincte¹, ils ne profiteront pas de l'inscription qui aura été prise sur les immeubles de la société.

Bien que dérivant du jugement d'ouverture de liquidation, l'hypothèque accordée à la masse constitue, par analogie avec celle qui découle du jugement déclaratif de faillite, non pas une hypothèque judiciaire, mais une hypothèque *légale*²; car l'hypothèque judiciaire ne résulte que d'une reconnaissance ou vérification faite en justice d'un acte sous seing privé ou d'un *jugement de condamnation* (C. civ., art. 2117 et 2123). La question n'est plus aujourd'hui controversable.

De plus, l'hypothèque conférée à la masse dans une liquidation judiciaire revêt, comme en matière de faillite, un caractère non spécial, mais *général* : elle s'étend sur tous les immeubles présents et à venir du liquidé, parce que les hypothèques légales sont générales³.

¹ *Infra*, pp. 300 et 304.

² Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2706; Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 4^e édit., 1869-1879, t. III, § 264, note 12. Contra Alauzet, t. VI, n° 2603.

³ Sic Danjon, à son cours; Boistel, *op. cit.*, p. 684, n° 914. Contra Lyon-Caen (*Précis*, t. II, p. 687, n° 2707), d'après lequel : 1^o l'hypothèque de la masse est restreinte aux immeubles possé-

Qu'on se place au point de vue de la liquidation judiciaire ou de la faillite, un pareil droit d'hypothèque serait assez difficile à justifier, s'il ne survivait pas au dessaisissement partiel ou total du débiteur ; pour en tracer les différents cas d'application, nous suivrons le système adopté par la jurisprudence.

L'hypothèque de la masse constitue bien une véritable hypothèque¹ : son effet est, non pas de créer des droits nouveaux, mais de convertir des droits personnels en des droits réels, c'est-à-dire de transformer les créanciers chirographaires en créanciers hypothécaires vis-à-vis des créanciers postérieurs à l'ouverture de la liquidation.

L'utilité de l'hypothèque légale se révèle avec les solutions diverses de la liquidation judiciaire. Ainsi, après l'établissement du concordat, ou bien après la réalisation et la répartition de l'actif quand, à défaut de concordat, la liquidation judiciaire a continué, le débiteur, une fois remis à la tête de ses affaires, va pouvoir contracter de nouvelles dettes ou aliéner ses immeubles : l'inscription hypothécaire sera la garantie qui permettra aux créanciers de la masse non intégralement payés de se faire désintéresser par préférence aux nouveaux

dés par le failli au jour du jugement déclaratif et à ceux qui lui adviendraient jusqu'au concordat ou, le cas échéant, jusqu'à la dissolution de l'union ; 2° une inscription *spéciale* est nécessaire sur chaque immeuble (Arg. texte de l'art. 490, al. 3, première phrase et principe de la spécialité des inscriptions hypothécaires).

¹ Arg. art. 517 C. comm. Sic Boistel, *op. cit.*, p. 684, n° 914 ; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2705, p. 686 ; Renouard, t. I, n° 523 ; Alauzet, t. VI, n° 2603 ; Laurin, n° 992 ; Aubry et Rau, t. III, § 264, note 2. Adde Paris, 27 mai 1865 (S., 65, 2, 227) ; 6 mai 1881 (*Loi*, 29 mai 1881) ; Cass., 29 déc. 1858 (S., 59, 1, 209).

créanciers ou encore d'exercer un droit de suite sur les immeubles aliénés (C. comm., art. 517; L. de 1889, art. 15, al. 2, et art. 19, al. 1, 2^o cbn). Si maintenant la liquidation judiciaire a été convertie en faillite, après la dissolution de l'union l'inscription de l'hypothèque au profit de la masse dispensera les différents créanciers de la nécessité d'obtenir un jugement et de prendre chacun une inscription nouvelle sur les biens présents et à venir du failli¹.

L'inscription hypothécaire sauvegarde les intérêts de la masse, même pendant les opérations de la liquidation judiciaire et quelle qu'en soit l'issue; en effet, dès qu'elle est inscrite, elle devient opposable aux tiers qui n'ont pas contracté avec le liquidé personnellement et qui pourraient par exception prendre des inscriptions après le jugement d'ouverture de liquidation. Notamment, si on suppose le cas d'une succession ouverte au profit du liquidé *depuis* le jugement déclaratif, il est incontestable que l'inscription de l'hypothèque légale rend inopposable aux créanciers de la masse le droit de préférence attaché à la séparation des patrimoines, quand les créanciers héréditaires ont négligé de s'inscrire sur les immeubles dans le délai de six mois que nous allons leur reconnaître à dater de l'ouverture de la succession (C. civ., art. 2111)².

¹ Paris, 24 avril 1861 (Rép. D., v^o *Ordre*, n^o 442). — Qui ne voit cependant que l'hypothèque légale va nuire au débiteur pour reconstituer sa fortune! Aussi, le mieux pour les créanciers de la masse sera la plupart du temps d'y renoncer (C. comm., art. 517 *in fine*).

² Ch. req., 29 déc. 1858 (D., 1859, 1, 102, et S., 1859, 1, 209). Si la succession s'était ouverte *avant* la liquidation judiciaire, ou

G. — *Nullité des inscriptions de privilèges ou hypothèques prises individuellement par les créanciers.*

Pour que les hypothèques et les privilèges deviennent opposables aux tiers, il ne suffit pas que leur constitution soit valable, il faut encore qu'ils aient été rendus publics par une inscription.

La question que nous avons à élucider est celle de savoir si une hypothèque ou un privilège, qui a pris naissance régulièrement sur les immeubles du liquidé, peut encore être utilement inscrit après l'ouverture de la liquidation. Il ne s'agit donc pas en ce moment de l'existence même du droit de privilège ou d'hypothèque ni de son acquisition (C. civ., art. 2127), mais de sa publicité et de sa conservation (C. civ., art. 2146).

Eh bien, comme corollaire du dessaisissement partiel, les inscriptions d'hypothèque ou de privilège, prises individuellement par les créanciers sur les biens du liquidé après l'ouverture de la liquidation, sont nulles en principe à l'égard de la masse (L. 1889, art. 5, al. 2)¹.

les créanciers héréditaires se seraient déjà inscrits et alors ils n'auraient rien à craindre de la masse, ou ils ne l'auraient pas encore fait et leur situation serait régie par l'article 448 du Code de commerce (V° *infra*, subdivision G).

¹ Voici le texte : « Il ne peut être pris sur les biens de ce dernier (du débiteur) d'autres inscriptions que celles mentionnées en l'article 4. » Les inscriptions réservées ici sont celles de l'hypothèque légale de la masse (C. comm., art. 490, et L. de 1889, art. 4, al. 1 *in fine*).

De telle sorte que, vis-à-vis de la masse, les inscriptions prises après le jugement d'ouverture de liquidation sont nulles (L. de

Sont également nulles, après le jugement déclaratif de liquidation d'une société de personnes ou d'une société mixte, les inscriptions de privilège ou d'hypothèque qui sont prises individuellement par les créanciers sociaux sur les biens de la société, ou celles qui sont prises isolément sur les biens de chacun des associés solidaires par leurs créanciers personnels.

Cette règle, empruntée à la législation des faillites (C. comm., art. 448, al. 1), semble sévère au cas où le créancier n'a pas eu le temps matériel de prendre inscription, parce que le privilège ou l'hypothèque est né à une date trop rapprochée du jugement déclaratif; mais sa raison d'être est la même en matière de liquidation judiciaire que dans le cas de faillite. En effet le jugement déclaratif fixe d'une manière irrévocable, sous les deux régimes, le sort des créanciers, qui conservent par conséquent la situation qu'ils auraient eue si leurs droits avaient été liquidés le jour même du jugement; de plus, une inscription est une sorte de confirmation de l'hypothèque ou du privilège : or une confirmation ne saurait intervenir à un moment où, par suite du dessaisissement partiel ou total, la naissance de ces droits est devenue impossible.

Si l'article 5, al. 2, de la Loi de 1889 s'inspire du même esprit que l'article 448, al. 1, du Code de com-

1889, art. 5, al. 2); — les inscriptions prises le jour même du jugement d'ouverture sont encore nulles; — et les inscriptions prises pendant la période suspecte sont simplement annulables, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription (C. comm., art. 448, al. 2 et 3, et L. de 1889, art. 19, al. 2, 1^o).

merce, il n'envisage que le cas tout spécial des droits d'hypothèque et de privilège et, en vertu de l'interprétation restrictive qu'il réclame, il ne s'applique ni aux *cessions de créances civiles*, ni aux *constitutions de gage établies sur ces créances* ; et cependant, voilà des actes qui, tout comme les hypothèques, sont soumis à des formalités de publicité. Pour recevoir son entière efficacité au regard des tiers, la cession de créance doit être signifiée au débiteur cédé ou acceptée par lui dans un acte authentique (C. civ., art. 1690), et la constitution de gage doit être signifiée au débiteur de la créance engagée (C. civ., art. 2075)¹ : les créanciers du liquidé qui a cédé ou remis en gage une créance avant sa chute, pourront-ils arguer du défaut de signification ou d'acceptation à l'encontre du cessionnaire ou du créancier gagiste, de manière que l'une ou l'autre formalité ne soit plus possible après le jugement déclaratif de liquidation ? Non, et cela à la différence des créanciers du failli. En effet, sous l'empire de la faillite, il est incontestable que la signification d'un transport ou d'un nantissement de créance est nulle dans l'espèce, non pas aux termes de l'article 448 du Code de commerce, mais parce que le jugement déclaratif, équivalant pour la masse à une saisie-arrêt entre les mains du débiteur, enlève à celui-ci le droit de s'acquitter aux mains du failli (C. comm., art. 443, al. 1) : or une simple saisie-

¹ La jurisprudence admet que la signification exigée par l'article 2075 C. civ. ne pourrait pas être remplacée par l'acceptation du débiteur dans un acte authentique (Paris, 18 août 1881, Sirey, 82, 2, 25). La doctrine se prononce généralement en sens contraire.

arrêt suffit pour permettre aux créanciers de méconnaître une cession non signifiée ou acceptée antérieurement¹. Au contraire, le liquidé ne subit pas la mainmise judiciaire qui frappe, comme une saisie générale, l'ensemble des biens du failli² : nous verrons que, grâce au dessaisissement seulement partiel qu'il encourt, il peut, avec l'assistance des liquidateurs, procéder au recouvrement de ses effets et créances exigibles (L. 1889, art. 6, al. 1). En conséquence, le cessionnaire du liquidé ou, par identité de motifs, le créancier gagiste peut, après le jugement déclaratif de liquidation, faire au débiteur cédé signification valable du transport ou du nantissement de créance qui lui a été consenti antérieurement à ce jugement ; le cessionnaire pourrait également prendre l'acceptation du débiteur dans la forme authentique.

Malgré la formule brève et absolue du législateur de 1889, qui n'admet la prise d'aucune autre inscription que celle de l'hypothèque légale de la masse, la règle, ayant même raison d'être qu'en matière de faillite, comporte aussi les mêmes tempéraments : nous les répartirons en deux groupes comprenant, l'un les inscriptions simplement conservatoires, l'autre les inscriptions sur des biens nouvellement acquis au débiteur et dont la masse profite sous la déduction des charges qui les grèvent.

¹ Cass., 4 janv. 1847 (D., 1847, 1, 133) ; Paris, ch. civ., 26 janv. 1863 (D., 1863, 1, 47). Sic Boistel, *op. cit.*, p. 689, n° 919 ; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 696, n° 2720.

² *Supra*, pp. 174 et 175.

I. — INSCRIPTIONS PUREMENT CONSERVATOIRES

Notre règle est inapplicable aux inscriptions destinées, non pas à faire acquérir à un créancier un droit nouveau, un rang qu'il n'a pas, mais simplement à lui maintenir la position dont il jouissait au jour du jugement déclaratif de liquidation ; en d'autres termes, si après le jugement toute inscription acquisitive se trouve prohibée, il en est différemment d'une inscription purement conservatoire.

De là les applications suivantes :

1° Les nullités prononcées par l'article 5, alinéa 2, de la Loi de 1889 ne frappent pas les inscriptions de renouvellement d'hypothèques (C. civ., art. 2154) ; en effet ce renouvellement s'applique à un droit déjà acquis, conservé et dont il s'agit seulement de conjurer la péremption par le délai de dix ans¹.

2° Voici un cas analogue : La veuve, le mineur devenu majeur et l'interdit relevé de l'interdiction, qui veulent conserver le rang de leur hypothèque légale, tel qu'il leur est assigné par l'article 2135 du Code civil, doivent s'inscrire dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle ; autrement l'hypothèque ne compte qu'à dater du jour où elle a été inscrite

¹ Bien entendu, si le créancier a laissé périmer son inscription sans la renouveler et que la liquidation judiciaire du débiteur soit prononcée, il ne pourra plus s'inscrire à nouveau après le jugement, parce qu'il s'agirait pour lui d'*acquérir* et non de conserver un droit de préférence (Cass., 2 déc. 1863, D., 1864, 4, 105).

(L. du 23 mars 1833, art. 8). En conséquence, lorsqu'il y a déclaration de la liquidation judiciaire d'un ex-tuteur ou d'un ex-mari, cette inscription, qui est uniquement destinée à conserver un droit préexistant *erga omnes*, peut être utilement prise après le jugement déclaratif, pourvu qu'on se trouve dans l'année courant à partir de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage¹.

3° Un créancier prend avant l'ouverture de la liquidation judiciaire une inscription portant mention que la créance est productive d'intérêts ou d'arrérages ; comme cette inscription conserve, au même rang que le capital, seulement deux années d'intérêts et l'année courante, le créancier pourra-t-il prendre, même après la mise en liquidation de son débiteur, des inscriptions spéciales pour les intérêts non garantis par l'inscription originaire (C. civ., art. 2151)? Par analogie de ce que décide en matière de faillite la Cour de cassation, nous admettons l'affirmative ; et de fait, personne ne peut se croire leurré, parce que la première inscription, indiquant que la créance produit des intérêts, devait faire supposer l'éventualité de la prise d'inscriptions particulières. Seulement, ne prenant rang qu'à leur date, ces inscriptions d'intérêts seront primées par l'hypothèque légale de la masse².

¹ Mais, une fois l'année expirée, l'inscription, revêtant un caractère acquisitif, ne pourrait plus être utilement prise après le jugement déclaratif.

² Cass., ch. civ. r., arrêt du 20 févr. 1850 (S., 50, 1, 185). Sic Danjon, à son cours, et Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 692, n° 2714. Contra Demangeat, V, pp. 292 et suiv., et Boistel, *op. cit.*, p. 686,

II. — INSCRIPTIONS SUR DES BIENS NOUVEAUX QUI NE PARVIENNENT
A LA MASSE QUE GREVÉS DE LEURS CHARGES

Le dessaisissement partiel du liquidé frappe, nous le savons, même les biens acquis par lui après le jugement qui l'a déclaré en état de liquidation¹; mais les biens nouveaux ne doivent profiter à la masse que sous la déduction des charges réelles dont ils se trouvent grevés : ces charges peuvent être des hypothèques ou des privilèges immobiliers (L. de 1889, art. 5, al. 2, et C. comm., art. 448, al. 1, cbn.) et, si leur inscription n'était pas possible, la masse s'enrichirait indûment. D'ailleurs, il s'agit là de droits de préférence qui, n'étant pas acquis au jour du jugement d'ouverture de liquidation, ne pouvaient évidemment pas être inscrits auparavant.

Comme exemple de charges *hypothécaires*, nous avons l'hypothèque concédée aux légataires par l'article 1017 du Code civil; si donc le liquidé est appelé, *après* le jugement qui a déclaré sa liquidation, à une succession grevée de legs, les légataires auront la faculté de s'inscrire sur les immeubles héréditaires.

Passons aux *privilèges* :

1° *Créanciers et légataires demandant la séparation des patrimoines.* — Si une succession échoit au débiteur

n° 916, pour ce motif que la prise d'inscription destinée à garantir les intérêts constitue une augmentation de droit très caractérisée au préjudice des créanciers chirographaires.

¹ *Supra*, p. 172.

actuellement en état de liquidation judiciaire, les créanciers héréditaires et les légataires sont libres de demander la séparation des patrimoines et de conserver leur privilège par une inscription prise dans les *six mois* de l'ouverture de la succession (C. civ., art. 2111), sans qu'on puisse leur opposer la mise en liquidation judiciaire de l'héritier¹; après le délai de six mois, leur privilège vaudrait toujours comme hypothèque (C. civ., art. 2113), mais il serait primé par l'hypothèque de la masse. Supposons, au contraire, que la succession se soit ouverte *avant* le jugement déclaratif : dans ce cas, les créanciers et légataires séparatistes ne peuvent plus inscrire leur droit après le jugement, pourvu toutefois que l'on reconnaisse dans la séparation des patrimoines un véritable privilège; ils le pourraient au contraire, si, comme nous le pensons, la séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilège et échappe dès lors à l'application de l'article 3, alinéa 2, de la Loi de 1889, comme à l'empire de l'article 448, alinéa 1 du Code de commerce.

2° *Copartageant*. — De même, au cas de partage ou de licitation opéré *depuis* le jugement d'ouverture relativement à des biens dont le liquidé était copropriétaire, le copartageant créancier peut, afin de conserver son droit de préférence, inscrire utilement son privilège sur les immeubles tombés dans le lot ou le patrimoine du liquidé débiteur, et ce, dans les *soixante jours* à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation

¹ Req., 29 déc. 1858 (D., 1859, 1, 102).

(C. civ., art. 2103 et 2109) ; inscrit tardivement, le privilège vaudrait toujours comme hypothèque, mais il serait primé par l'inscription prise par les liquidateurs au profit de la masse. Si au contraire le partage ou la licitation avait eu lieu *avant* le jugement d'ouverture, le copartageant privilégié pourrait-il s'inscrire après le jugement, en supposant qu'il fût encore dans le délai de soixante jours ? Non, il ne le pourrait plus, parce que son privilège était acquis et qu'il devait le conserver par une inscription avant le jugement.

3° *Architectes et ouvriers*. — Les architectes et ouvriers bénéficient d'une cause de préférence sur la plus-value que leurs travaux ont donnée à l'immeuble du liquidé (C. civ., art. 2103), s'ils réclament la double inscription du procès-verbal qui constate l'état des lieux, lequel a dû être dressé préalablement aux travaux, et du procès-verbal de réception de leurs travaux qui a dû être fait dans les *six mois* de leur achèvement (C. civ., art. 2110). Eh bien, pour qu'il y ait privilège utile contre la masse, il est nécessaire que l'inscription ou plutôt la relation du premier procès-verbal soit antérieure au jugement déclaratif de liquidation ; et le second procès-verbal pourra efficacement être inscrit après ce jugement¹.

4° *Vendeur d'immeuble*. — Si par hasard un achat d'immeuble, fait par le liquidé, depuis son dessaisissement était ratifié par les créanciers, le privilège du

¹ Sic Boistel, *op. cit.*, p. 687, n° 917 *in fine*.

vendeur pourrait être valablement conservé par la transcription (C. civ., art. 2108).

Mais il se peut que le liquidé ait acheté un immeuble, puis, qu'il soit tombé en liquidation judiciaire sans en avoir acquitté le prix et sans qu'il y ait eu transcription de son contrat d'acquisition ni inscription de privilège au profit du vendeur. Ce dernier peut-il valablement, *après* le jugement d'ouverture de la liquidation, donner de la publicité à son privilège et le conserver? Ou au contraire la transcription de vente de l'immeuble, qui interviendrait à ce moment, serait-elle nulle à l'égard de la masse?

Il serait puéril d'objecter que l'article 3, alinéa 2, de la Loi de 1889, concerne seulement les inscriptions et non pas la transcription, et que les déchéances doivent être rigoureusement restreintes au cas prévu. Nous répondrions, comme on l'a fait pour l'article 448, alinéa 1, du Code de commerce, que, à l'égard de la conservation du privilège du vendeur d'immeuble, la transcription vaut inscription (C. civ., art. 2108) et que, par suite, l'une et l'autre doivent être traitées de la même façon. En outre, de ce que le Code civil accorde une faveur au vendeur en n'imposant pas à son initiative une inscription de son privilège à côté de la transcription faite dans l'intérêt de l'acquéreur, il ne s'ensuit pas que le vendeur puisse échapper à la règle qui interdit, à dater du jour du jugement déclaratif, la publication des privilèges.

Qu'on ne vienne pas dire encore que, depuis la Loi de 1855, la propriété immobilière n'est définitivement acquise que par la transcription et que, si le débiteur

et le liquidateur requièrent la transcription après le jugement déclaratif, la propriété de l'immeuble n'étant acquise au liquidé qu'à ce moment, le bien parviendra à la masse avec sa charge, c'est-à-dire grevé du privilège¹. Ce raisonnement méconnaît les principes qui régissent la matière. Le transfert de propriété a lieu entre les parties par le seul effet du consentement (C. civ., art. 1138), et la transcription est uniquement exigée en vue des tiers.

Mieux vaut suivre, en cas de liquidation judiciaire, le système qui est adopté en matière de faillite par la jurisprudence et par la majorité des auteurs : le privilège du vendeur, né au moment de la vente qui a transféré la propriété à l'acheteur, ne peut plus être rendu public après le jugement qui a déclaré l'acheteur en état de liquidation judiciaire. Comment, en effet, les transcriptions de vente d'immeubles seraient-elles opposables aux créanciers de la masse qui ont déjà un droit réel sur ces immeubles (L. du 23 mars 1855, art. 3)² ?

Mais le vendeur, qui perd son privilège lorsque l'acquéreur tombe en liquidation judiciaire avant la transcription de l'acte de vente, peut-il au moins exercer à l'encontre de la masse son action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix et reprendre ainsi son immeuble (C. civ., art. 1654) ? Oui, le vendeur d'immeuble non payé n'en conserve pas moins le droit d'exercer l'action résolutoire, et cela alors même que

¹ Pont, *Privilèges et hypoth.*, II, n° 903.

² En ce sens, Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2716, p. 694, et Boistel, *op. cit.*, n° 918, p. 688.

le liquidateur provisoire aurait requis déjà auparavant l'inscription de l'hypothèque de la masse. Notre solution ne se heurte-t-elle pas à la disposition de l'article 7 de la Loi du 23 mars 1855, qui *paraît* subordonner l'exercice du droit de résolution à la conservation du privilège? Pas du tout. Le privilège du vendeur n'est pas absolument éteint en cas de liquidation judiciaire de l'acheteur avant la transcription, il ne l'est qu'à l'égard de la masse, de telle sorte qu'il *sommeille*; la preuve en est que, si un concordat est accordé et fidèlement exécuté par le débiteur, la masse étant désintéressée, le privilège subsistera vis-à-vis de nouveaux créanciers. Le droit de résolution doit donc être maintenu, parce que le privilège n'est pas véritablement éteint¹.

A l'inverse de l'hypothèse précédente dans laquelle le liquidé joue le rôle d'acheteur, si nous supposons qu'une vente d'immeuble (ou une constitution d'usufruit, de servitude, d'antichrèse, de bail de plus de dix-

¹ C'est la solution admise en matière de faillite par la Cour de cassation (Cass., 1^{er} mai 1860, S., 60, 1, 602), et par MM. Danjon, à son cours, et Boistel, *op. cit.*, n° 918, p. 688. Nous ajouterons encore, à l'appui de notre opinion, que l'on doit restreindre la portée de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 au cas principal qu'il vise, c'est-à-dire à celui d'un vendeur qui veut exercer son action résolutoire contre un sous-acquéreur; si donc le législateur a refusé l'action résolutoire au vendeur dont le privilège est éteint, c'est uniquement dans l'intérêt de la circulation des immeubles et du crédit. — Contra Lyon-Caen (*Précis*, t. II, pp. 694-695, n° 2717), d'après lequel les créanciers de la masse ont le droit d'invoquer l'article 7 pour écarter l'action résolutoire du vendeur, mais seulement quand l'inscription de leur hypothèque légale a été prise antérieurement à la transcription de l'acte de vente.

huit ans, etc., Loi du 23 mars 1855, art. 1 et 2) ait été valablement conclue par le liquidé *avant* le jugement déclaratif, mais que l'acquéreur n'ait pas encore transcrit au jour de ce jugement, les créanciers de la liquidation auront-ils la faculté de prétendre que la vente non transcrite est nulle à leur égard ? Non : cette vente a beau ne pas avoir été transcrite avant le jugement déclaratif, elle pourra l'être après, et ainsi elle deviendra inattaquable au regard des créanciers du liquidé. Sans discuter à fond la question, nous donnerons pour motif que l'article 5, al. 2, de la Loi de 1889, pas plus que l'article 448, al. 1, du Code de commerce, ne s'applique dans l'espèce, parce qu'il ne s'agit pas pour l'acheteur d'acquiescer ou de conserver un privilège toujours nuisible aux intérêts de la masse, mais simplement de mettre son droit de propriété à l'abri des droits réels qui pourraient être publiés du chef du vendeur (L. du 23 mars 1855, art. 3). Cependant, si les liquidateurs provisoires avaient bien requis l'inscription de l'hypothèque légale avant la transcription de l'acte de vente, les créanciers seraient libres, comme tous créanciers hypothécaires, de se prévaloir de leur hypothèque contre l'acheteur, en vertu du droit de suite qui en découle contre le tiers acquéreur¹.

¹ Sic Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 693, n° 2718, et surtout Boistel, *op. cit.*, n° 949, pp. 690 et 691. — Si, au lieu d'une aliénation à titre onéreux, nous supposons une donation d'immeuble faite par le liquidé d'une façon régulière et antérieurement à la période suspecte (C. comm., art. 446, et L. de 1889, art. 19, al. 2, 4°), mais non transcrite lors du jugement déclaratif, les créanciers de la masse pourraient, même avant que leur hypothèque légale fût

H. — Clôture du compte courant.

Ainsi que la faillite, la liquidation judiciaire de l'un des correspondants entraîne la clôture du compte courant; les remises, qui sont faites après le jugement d'ouverture, peuvent donc être revendiquées.

Toutefois, la clôture n'empêcherait pas la contre-passation d'écritures faite en vue de la clause *sauf encaissement*, parce qu'il y a là seulement l'accomplissement d'une condition résolutoire qui rétroagit au jour de l'entrée en compte¹.

Notre principe est simple à justifier. Le compte courant repose tout entier sur la confiance; partant, il doit subir le contre-coup de son amoindrissement. Et puis un règlement, faisant ressortir le solde final, s'impose à la suite du jugement déclaratif qui affecte l'état d'un des correspondants, pour orienter la liquidation vers la solution la plus naturelle qui doit la terminer.

I. — Restriction ou Suppression de certains droits réels.

La loi nouvelle est muette sur les droits des différentes espèces de créanciers (ch. VII du Code de com-

inscrite, opposer le défaut de transcription pour faire comprendre l'immeuble donné dans l'actif de la liquidation (C. civ., art. 941, et L. de 1889, art. 24). Sic Danjon, à son cours; Boistel, *op. cit.*, p. 689, n° 919 *in fine*; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 696, n° 2719.

¹ Arg. Cass., 6 mai 1868, D., 68, 4, 316 (*Supra*, p. 200).

merce), — coobligés et cautions (sect. 1^{re}), créanciers privilégiés ou hypothécaires (sect. 2^e et 3^e), femme du débiteur (sect. 4^e), — et sur les revendications (ch. x, C. comm.).

Cependant ses auteurs ont incontestablement éprouvé la même répugnance que le législateur de 1838 à l'égard de certains droits réels qui nuisent à la masse chirographaire ; en effet, si on excepte une disposition extensive du privilège mentionné dans l'article 2101-4^o du Code civil (C. comm., art. 549, et L. de 1889, art. 22), ils ont maintenu en principe les droits contre les coobligés et cautions, les actions en revendication, ainsi que les privilèges et les hypothèques (sauf application des articles 446, 447 et 448 C. comm.), mais tout en respectant, dans l'intérêt des créanciers de la masse, les restrictions et suppressions que le Code de commerce édicte en matière de faillite (L. de 1889, art. 24).

Pour rester dans le cadre de notre sujet, nous donnerons un court aperçu de ce nouvel effet du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, renvoyant pour les détails aux développements qui figurent dans les nombreux commentaires des effets du jugement déclaratif de faillite¹.

¹ Voir notamment Lyon-Caen, *Précis*, t. II, pp. 840-880 ; Boistel, *op. cit.*, pp. 701-703 et 765-790. Adde Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 356, p. 406 ; Demolombe, t. XXV, p. 502 ; Pont, *Des Privilèges et des hypothèques*, sur l'art. 2102-4^o C. civ. ; Baudry-Lacantinerie, *Préc. de Dr. civ.*, Paris, 1888, t. III, n^{os} 1097-1099 sur l'art. 2102-4^o C. civ.

1^o DE LA REVENDICATION

Les demandes tendant à distraire du gage des créanciers les biens qui ne sont pas la propriété du débiteur, comme au cas de mandat ou de dépôt (C. comm., art. 574 et 575), ont été laissées à la libre disposition des intéressés.

En thèse générale, on doit même poser le principe que les actions en revendication peuvent être introduites en matière de liquidation judiciaire, toutes les fois que les demandes en distraction, en matière de saisie, peuvent l'être également (C. pr. civ., art. 608, 725 et suiv.); car les textes du Code de commerce sont énonciatifs et non pas limitatifs.

Et, quoique dans une liquidation judiciaire les ventes hâtives soient moins à craindre que dans une faillite, les revendiquants feront bien d'user de diligence; en effet, s'ils laissaient vendre les biens meubles qui leur appartiennent, ils se verraient très certainement opposer l'article 2279 du Code civil par les tiers possesseurs de bonne foi.

Mais une notable restriction a été apportée au droit de revendication de la femme propriétaire, au point de vue de la preuve de ses apports (C. comm., art. 557-561).

D'autres conditions restrictives limitent sévèrement la revendication du vendeur de meubles expédiés, mais

non encore livrés lors du jugement déclaratif de liquidation (C. comm., art. 576)¹.

2° DES PRIVILÈGES

a. — Le législateur, en cas de liquidation judiciaire ou de faillite, n'a effacé ni restreint aucun des *privilèges spéciaux sur les immeubles* énumérés par l'article 2103 du Code civil.

b. — Il n'en a pas été de même des *privilèges spéciaux sur les meubles* mentionnés dans l'article 2102-1° et 4° du Code civil.

Ainsi, la Loi du 12 février 1872, modifiant l'article 550 du Code de commerce d'après certaines distinctions parfois étranges, et la Loi du 19 février 1889, promulguée en vue du crédit des agriculteurs, sont venues restreindre quant aux loyers échus et à échoir, l'une le privilège du bailleur des immeubles affectés à l'industrie du commerçant, l'autre le privilège du bailleur d'un fonds rural. Néanmoins, il n'est pas douteux que le bailleur puisse se présenter comme créancier chiro-

¹ Il est certain que les marchandises ne pourraient entrer dans les magasins du liquidé *postérieurement* au jugement, que grevées du même droit de revendication, parce que l'un des effets du jugement ouvrant la liquidation est de fixer les droits des intéressés et ainsi de *clorre juridiquement les magasins du liquidé*.

Nous remarquerons que le droit de rétention (C. civ., art. 1612 et 1613) se trouve conservé en matière de liquidation judiciaire (C. comm., art. 577). Voir en ce sens Cour de Bordeaux, 1^{re} ch., 21 déc. 1892 (*J. Faill.*, 1893, pp. 416 et suiv.).

graphaire pour les loyers échus ou à échoir que son privilège ne garantit pas ¹.

En second lieu, le privilège du vendeur de meubles déjà expédiés, livrés et se trouvant en la possession de l'acheteur, est complètement supprimé (C. comm., art. 550 *in fine*, et Loi du 12 février 1872) ².

c. — Enfin, parmi les *privilèges généraux sur les meubles*, il en est un qui est relatif aux « frais quelconques de la dernière maladie » (C. civ., art. 2101-3°). La jurisprudence, donnant au texte cité une interprétation justement restrictive, repousse l'existence d'un privilège analogue en matière de faillite ³. Nous dirons également que les frais de la dernière maladie du liquidé ne doivent pas être considérés comme privilégiés.

Par contre, nous avons à noter l'extension d'un privilège général.

¹ L'hypothèse sera fort rare : le plus souvent le bailleur, au lieu de s'exposer à ne recevoir qu'une partie des loyers qui lui sont dus, préférera recouvrer la libre disposition de son immeuble en faisant résilier le bail (C. civ., art. 1741).

² Cass., 16 févr. 1887 (*Gaz. Pal.*, 87, 1, 92). Dans l'espèce, le vendeur non payé perd encore, en vertu du même texte, le droit de revendication (de la *possession*) établi par l'art. 2102-4° du Code civil pour la *reprise du droit de rétention* (Rouen, 1^{er} août 1892, *J. Faill.*, 1893, p. 263). Quant à l'*action en résolution* de la vente pour défaut de paiement du prix (C. civ., art. 1184 et 1654), *a fortiori* doit-elle être supprimée, comme étant plus préjudiciable aux créanciers de l'acheteur que le privilège et le droit de revendication qui se trouvent formellement abolis (Cour de Rouen, 1^{re} ch., 7 mars 1892, *J. Faill.*, 1893, p. 163).

³ Cass., 21 nov. 1864 (D., 1864, 1, 457); Trib. comm. Caen, 28 oct. 1882, Trib. comm. Rouen, 23 déc. 1882 (*J. Faill.*, 1882, pp. 541 et 543). Contra Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n° 1060, p. 613.

La Loi du 28 mai 1838 avait créé, dans l'article 549 du Code de commerce, un privilège au profit des ouvriers directement employés dans une fabrique et des commis des négociants ; le nouveau privilège était admis au même rang que celui établi par l'article 2101-4° du Code civil dans l'intérêt des gens de service, avec cette restriction pourtant qu'il ne profitait aux ouvriers employés directement par le failli que pour les salaires *du mois* et aux commis que pour les salaires *des six mois* qui avaient précédé la déclaration de faillite ¹.

Or la Loi du 4 mars 1889, dans son article 22, modifie ainsi qu'il suit l'article 549 du Code de commerce :

« *Le salaire acquis aux ouvriers directement employés par le débiteur, PENDANT LES TROIS MOIS qui ont précédé l'ouverture de la liquidation judiciaire ou la faillite, est admis au nombre des créances privilégiées, au même rang que le privilège établi par l'article 2101 du code civil pour le salaire des gens de service. — Les salaires dûs aux commis pour les six mois qui précèdent le jugement déclaratif sont admis au même rang.* »

Comme on le voit, l'étendue du privilège accordé aux ouvriers directement employés par le débiteur a été seule augmentée par la nouvelle loi.

¹ Aux termes de l'article 2101-4° C. civ., les salaires des gens de service sont privilégiés sur la généralité des meubles « *pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante* ». Cette différence dans l'étendue des privilèges tient à ce que les appointements des ouvriers et des commis se paient à des intervalles rapprochés, tandis qu'un domestique ne touche ordinairement ses gages qu'une fois par an.

A cette différence près, le commentaire de l'article 549 du Code de commerce comporte les mêmes développements qu'autrefois. Ainsi, le privilège garantit les appointements et les prestations promises par le patron en plus du gage, comme les frais de déplacement, le tant pour cent sur les ventes accomplies, etc.¹; mais il ne garantit pas l'indemnité due à un commis congédié², et il ne saurait être invoqué par des acteurs au cas de liquidation judiciaire d'un entrepreneur de spectacles³. Le terme de « *commis* » s'entend des employés qui ont une attache fixe à une certaine maison, et celui d'« *ouvriers* » comprend même les chefs ouvriers ou chefs d'ateliers⁴. Enfin la condition que les ouvriers aient été *directement* employés par le liquidé enlève le bénéfice du privilège aux ouvriers employés par un entrepreneur qui aurait exécuté des travaux pour le compte du liquidé⁵.

3° DES HYPOTHÈQUES

Le législateur n'a pu toucher aux hypothèques con-

¹ Contra Trib. comm. de la Seine, 1^{er} mai 1857 (D., 58, 3, 48); 15 oct. 1886 (*J. Trib. comm.*, 1888, 104); Rouen, 10 nov. 1860 (S., 61, 2, 13); Paris, 21 juin 1887 (*Fr. jud.*, 1887, p. 380).

² Trib. comm. Marseille, 25 janv. 1883 (*J. Faill.*, 1883, p. 218).

³ Cass., arrêt du 26 févr. 1864 (S., 1864, 1, 59). Les pompiers de service dans un théâtre ne peuvent pas davantage s'en prévaloir (Trib. comm. Seine, 23 juill. 1885, *J. Faill.*, 1885, p. 378).

⁴ Trib. comm. Marseille, 27 avril 1870 (D., 71, 3, 55).

⁵ Boistel, n° 1017; Fremont et Camberlin, *op. cit.*, t. I, n° 317. Adde Trib. comm. Seine, 20 mai 1885 (*J. Trib. comm.*, 1886, 179).

ventionnelles, ni aux hypothèques judiciaires régulièrement constituées ; mais, par analogie des dispositions contenues dans l'article 563 du Code de commerce, nous devons observer qu'il a singulièrement restreint l'hypothèque légale de la femme créancière du liquidé (C. civ., art. 2121 et 2135).

La femme, qui ne jouit plus de son hypothèque, conserve-t-elle du moins le droit de se présenter comme simple créancière chirographaire de son mari ? Cela dépend : elle peut se présenter comme telle à raison de ses apports mobiliers (C. comm., art. 563-1°, et C. civ., art. 1569) ; mais cette ressource lui est retirée relativement aux paiements faits pour son mari (C. comm., art. 562), ou s'il s'agit de libéralités qui lui sont venues de son mari, soit par contrat de mariage, soit à plus forte raison pendant la durée du mariage (C. comm., art. 564).

Toutefois, les restrictions apportées par les articles 563 et 564 du Code de commerce à l'hypothèque légale et aux avantages matrimoniaux ne sont applicables que si la femme a dû raisonnablement prévoir la possibilité de la liquidation judiciaire de son mari ; en conséquence, la loi exige que le mari ait fait, avant de se marier, des opérations de commerce, ou bien que, n'ayant pas alors de profession déterminée, il soit devenu commerçant dans l'année qui a suivi la célébration de son mariage.

§ 2. — Effets « quant à la personne » du liquidé

La liquidation judiciaire offre au débiteur, victime d'une mauvaise fortune, le moyen d'éviter la qualification déshonorante de « failli, » ainsi que la plupart des déchéances qui y sont attachées.

En effet la Loi de 1889 comporte cette simple déclaration : « *A partir du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, le débiteur ne peut être nommé à aucune fonction élective ; s'il exerce une fonction de cette nature, il est réputé démissionnaire* » (art. 21).

Le législateur a voulu par là récompenser le commerçant de bonne foi qui, dans l'intérêt de ses créanciers, est venu demander un règlement judiciaire aussitôt après la cessation de ses paiements.

Tout d'abord il va de soi que le liquidé conserve les avantages personnels que ne retranche pas la dénomination de « failli » ; par exemple, il garde la capacité d'être tuteur, subrogé-tuteur, curateur, membre d'un conseil de famille¹ ; il continue d'exercer tous ses droits de puissance maritale et de puissance paternelle (droit de

¹ Arg. arrêts de la Cour de Bruxelles des 22 juin 1827 et 14 août 1833 déclarant le failli capable d'exercer la tutelle légale de ses enfants mineurs. Mais le fait même de la liquidation judiciaire pourrait être pris en considération pour l'application de l'article 444 du Code civil, relatif aux cas d'exclusion et de destitution de la tutelle (Arg. Aix, 7 janv. 1863 (D., 71, 2, 129) ; Besançon, 31 août 1871 (D., 71, 2, 50). Adde Demolombe, t. VII, n° 491).

correction, etc.) ; il change à sa guise de domicile ; il peut être nommé arbitre¹, désigné comme expert², ou choisi comme témoin d'un acte de l'état civil³.

En second lieu le commerçant, qui est ou qui a été en état de liquidation judiciaire, continue d'être électeur, et cela d'une façon absolue, quand bien même il n'obtiendrait pas de concordat⁴.

Et en plus de l'électorat, comme il est présumé de bonne foi, le liquidé conserve, en principe, presque tous ses autres droits civiques ou publics, notamment le droit d'être admis à l'escompte de la Banque de France, celui d'être gérant d'un journal, directeur d'un théâtre, juré au civil ou au criminel⁵, notaire, témoin instrumentaire dans tous actes notariés⁶, courtier inscrit sur les listes de courtiers en marchandises⁷ ; enfin il peut conserver ses droits et prérogatives attachés au titre de membre de la Légion d'honneur et de décoré de la médaille militaire ou de quelque ordre étranger⁸. Par contre, il semble que le liquidé ne puisse pas pénétrer à la

^{1,2} Les experts et les arbitres n'exercent point en effet une fonction publique.

³ C. civ., art. 37.

⁴ C'est le but que convoitaient les partisans les plus acharnés de la Liquidation judiciaire (*Supra*, Introd., p. 66).

⁵ L. 3 mai 1844, art. 29 et suiv. ; C. instr. crim., art. 381, et L. 24 nov. 1872, art. 1. En effet la commission, organisée par l'une et par l'autre de ces lois, *choisit* les personnes qui figurent sur la liste qu'elle établit, mais elle ne les *élit* pas.

⁶ L. 25 ventôse an XI, art. 9.

⁷ Sic Bailly, *op. cit.*, p. 40, note 2, al. 3. Contra Goirand et Périer, *op. cit.*, p. 251.

⁸ Décret du 16 mars 1852, art. 37 ; Décret du 24 nov. 1852, art. 2 et 7.

Bourse¹, ni remplir les fonctions d'agent de change ou de courtier privilégié que le Code de commerce interdit, non seulement au failli, mais encore au débiteur qui a fait atermolement².

Rien que par la conservation de la plénitude de ses droits électoraux, le liquidé diffère déjà grandement du failli³; mais tous les deux se ressemblent en ce que, pour le présent comme pour l'avenir, à compter du jugement déclaratif de liquidation ou de faillite, ils ne peuvent occuper aucune fonction élective, quelle qu'elle soit. En conséquence le liquidé ne peut être sénateur, — électeur au second degré pour les élections sénatoriales, puisque cette qualité implique celle de délégué pour laquelle il n'est pas éligible⁴, — député, — conseiller général, — conseiller d'arrondissement, — conseiller municipal, — maire ni adjoint (excepté à Paris où les maires et adjoints, étant nommés par le chef du pouvoir exécutif, ne remplissent pas une fonction élective), — juge à un tribunal de commerce,

¹ C. comm., art. 613, et L. de 1889, art. 24. Sic Danjon, à son cours; Lyon-Caen, *Manuel*, p. 924, n° 1198^c; Bailly, *op. cit.*, p. 10, note 2, al. 2. Contra Goirand et Périer, *op. cit.*, p. 250.

² C. comm., art. 83, et L. de 1889, art. 24. Sic Danjon, à son cours; Bailly, *op. cit.*, p. 10, note 2, al. 2; Goirand et Périer, *op. cit.*, p. 251.

³ Le projet voté par la Chambre apportait certaines atténuations aux déchéances encourues par le failli, quand celui-ci était déclaré *excusable* (art. 20); mais le Sénat, voulant établir entre la liquidation judiciaire et la faillite le même écart qui règne entre une récompense et un châtiment, laissa le failli sous l'empire des incapacités édictées par les lois actuelles (Rapport Demôle, pp. 19, 24).

⁴ L. 24 févr. 1875, art. 1^{er}, § 4-4^e.

— membre d'un conseil de prud'hommes ni d'une chambre de commerce¹.

¹ Rapport Demôle, pp. 22-23.

Dispositions transitoires. — Nous avons déjà vu (*Supra*, p. 123, note 2) que les débiteurs, dont la faillite déclarée n'était pas encore close au moment de la promulgation de la Loi de 1889, restaient soumis au régime de la Loi de 1838. Toutefois ces débiteurs, s'ils ont obtenu un concordat ou bien si, à la suite des opérations de l'union, ils ont été déclarés excusables, pourront, par le jugement qui homologuera leur concordat ou qui prononcera leur excusabilité, être relevés des déchéances qu'ils avaient encourues par le jugement déclaratif de la faillite et n'être soumis qu'aux incapacités édictées contre les liquidés judiciairement : dans ce cas, ils resteraient électeurs, quoique devenant inéligibles à toute fonction élective (L. 1889, art. 21 et 23, al. 3). « L'inscription sur les listes électorales pourra être faite.... jusqu'au 31 mars (1889), date de la clôture des listes » (art. 23, al. 3).

Il nous reste à considérer la condition des débiteurs, dont la faillite a été déclarée et close tout à la fois sous l'empire de la Loi de 1838. Semblables aux débiteurs dont la faillite court encore lors de la promulgation de la loi, ils peuvent eux aussi être dégagés des mêmes incapacités, si toutefois ils ont obtenu leur concordat ou s'ils ont été déclarés excusables. Pour cela, l'ancien failli devra saisir par requête le tribunal de commerce qui a déclaré sa faillite et produire son casier judiciaire; cette requête sera affichée pendant quinze jours dans l'auditoire du tribunal pour permettre aux tiers d'intervenir. La loi proscrivant tout débat public, les intervenants soutiendront, en personne ou par mandataire, les motifs de leur intervention en chambre du conseil. Puis le tribunal, armé d'un pouvoir souverain d'appréciation, statuera en chambre du conseil, et sa décision ne sera susceptible d'aucun recours (L. 1889, art. 21 et 23, al. 4). La loi ne prescrit pas de publicité pour le jugement relevant de déchéance; mais le failli pourra toujours, en consignat somme suffisante, obtenir du greffier des insertions faites dans la forme indiquée par l'art. 442 du Code de commerce. A la suite de ces formalités, le failli, redevenu électeur, pourra être inscrit sur les listes électorales jusqu'au 31 mars 1889 (art. 23, al. 3).

Ces dispositions ne conservent plus d'intérêt pratique.

L'obtention d'un concordat ne suffit pas pour relever le liquidé judiciairement des déchéances qui diminuent sa capacité : seule la réhabilitation commerciale, aux mêmes conditions et suivant les mêmes formes qui sont prescrites en matière de faillite, pourra lui restituer l'intégralité de ses droits ¹.

Les déchéances, qui dérivent du jugement d'ouverture de liquidation, doivent-elles être étendues à la matière des sociétés ? Par la force des choses, elles ne peuvent l'être à la société considérée en tant qu'être moral. Mais aux associés ? Nous n'y voyons aucun inconvénient, à moins que la nature même de la société ne s'oppose à leur application.

Ainsi, il est évident que les déchéances édictées par la Loi de 1889 ne sont pas admissibles en ce qui concerne les administrateurs délégués des sociétés anonymes, les actionnaires et les commanditaires non immiscés ; car ces personnes ne constituent, du moins en principe, ni des commerçants, ni des liquidés en vertu de la mise en liquidation judiciaire de leur société ².

Au contraire le jugement, qui ouvre la liquidation judiciaire d'une société en nom collectif ou en commandite, frappe *virtuellement des incapacités édictées contre les faillis* les associés ou les commandités, parce qu'il entraîne *hic et nunc* leur cessation de paiements. Libre à eux de présenter ensuite une requête à fin de liquidation judiciaire pour convertir à leur égard les déchéances

¹ C. comm., art. 604-614, et L. de 1889, art. 24.

² V° en ce sens, relativement aux administrateurs, un arrêt de la Cour d'Aix du 30 janv. 1890 (*J. Faill.*, 1893, p. 166).

rigoureuses de la faillite en celles plus humaines de la nouvelle institution.

Pour obtenir sa réhabilitation, un associé en nom collectif ou un commandité devra justifier que toutes les dettes de la société ont été intégralement acquittées en principal, intérêts et frais, lors même qu'il aurait été gratifié d'un concordat particulier (C. comm., art. 604, al. 2). Du reste, la loi n'exige pas que ce soit l'associé, désireux de se réhabiliter, qui ait payé de ses propres deniers toutes les dettes sociales. Il suffit que les dettes aient été acquittées, fût-ce par les autres associés, pourvu du moins que l'associé à réhabiliter ait payé dans les dettes sociales la part qu'il doit définitivement supporter. S'il n'avait pas acquitté cette part, il en serait encore redevable envers ses coassociés ; or la loi ne réhabilite que ceux qui ont complètement désintéressé leurs créanciers quelle que soit leur qualité, tiers ou coassociés (C. comm., art. 604, al. 1)¹.

¹ Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3134 ; Demangeat sur Bravard, t. VI, p. 162. Si un second associé voulait lui aussi se réhabiliter, il lui suffirait de prouver qu'il a désintéressé le premier associé réhabilité pour un chiffre représentant sa contribution personnelle dans les dettes sociales, et ainsi de suite pour les autres associés.

CHAPITRE III

Des Agents et Autorités qui composent le Personnel de la Liquidation Judiciaire

Le patrimoine du liquidé est à l'abandon ; pour ne pas l'y laisser, il faut un conseil administratif. C'est pourquoi le jugement qui ordonne la liquidation judiciaire est le point de départ d'une procédure, dans laquelle figurent les personnes et autorités que voici :

- 1° Le liquidé.
- 2° Le liquidateur.
- 3° Les contrôleurs.
- 4° Le juge-commissaire.
- 5° Le tribunal de commerce.
- 6° Les créanciers.
- 7° Le ministère public.
- 8° Et le greffier.

Le personnel administratif des liquidations judiciaires de sociétés est identique à celui des liquidations judiciaires d'individus¹.

¹ En définitive, les innovations de la Loi de 1889 se résument ici dans la substitution du liquidateur au syndic et dans la création des contrôleurs.

SECTION PREMIÈRE

DU LIQUIDÉ

Nous étudierons d'abord le liquidé, puis les représentants légaux de la société liquidée.

SOUS-SECTION PREMIÈRE

DU LIQUIDÉ

Deux choses nous importent de connaître : quelle est la mesure de la capacité du liquidé ? et quelle solution faut-il donner aux conflits que peut faire naître cette capacité ?

§ 1^{er}. — Capacité du liquidé

Le principe du droit civil, c'est la capacité absolue : nous avons le droit de faire tout ce que la loi ne nous interdit pas.

En cas de faillite, c'est tout le contraire. D'après l'article 443 du Code de commerce, le failli est dessaisi : il n'a plus d'autre capacité que celle qui lui est laissée par la loi dans des limites fort restreintes ¹.

¹ Évidemment, ce n'est là qu'une manière commode de parler ; car, dans l'exactitude des principes (V^o *Supra*, pp. 172 et suiv.), le dessaisissement laisse intacte la capacité personnelle.

Eh bien, la position du liquidé se trouve entre ces extrêmes : « La loi sur la liquidation judiciaire place le négociant qui en est l'objet dans un état intermédiaire entre la situation normale de l'homme en possession de tous ses droits et la déchéance absolue, l'incapacité totale résultant de la loi de 1838 pour le commerçant déclaré en faillite »¹.

A ce titre il y a, nous le savons, différents actes, que la loi nouvelle interdit rigoureusement au commerçant en état de liquidation judiciaire (L. 1889, art. 5, *in fine*)².

A l'exception de ces actes graves qui demeurent formellement prohibés, il en est d'autres que le liquidé peut accomplir, en sorte qu'il n'est dessaisi que d'une façon partielle.

Ainsi, la possibilité reste au liquidé d'exécuter seul certains actes ; mais c'est l'exception, parce que la cessation de paiements, qui est venue faire planer un doute sur son habileté dans la gestion de ses affaires, ne permet guère de lui supposer plus de compétence dans l'accomplissement d'actes d'administration, qui intéressent en outre la masse de ses créanciers.

Le plus généralement la liberté du liquidé sera enchaînée à l'assistance d'un liquidateur ; il se trouvera dès lors dans une sorte de *curatelle* spéciale, analogue à celle du prodigue qui, pour une catégorie d'actes, est contraint de recourir à son conseil (C. civ., art. 513), et

¹ Discours de M. Demôle, rapporteur, dans la séance du Sénat du 17 janv. 1889. L'expression de : « *incapacité totale* » ne saurait être prise à la lettre, car encore une fois le failli n'est pas absolument incapable.

² *Supra*, pp. 172-173.

plus exactement encore à celle du mineur émancipé qui, pour certains actes, est assisté de son curateur, pour d'autres, doit prendre l'avis de son conseil de famille et obtenir même quelquefois une homologation du tribunal (C. civ., art. 482 et suiv.).

Cependant les situations, d'une part, du liquidé et, de l'autre, du prodigue ou du mineur émancipé, ne sont pas absolument semblables. En effet les entraves, apportées à l'exercice des droits du liquidé, s'appliquent même à des actes de pure administration, que le prodigue et le mineur émancipé ont toujours la capacité de faire seuls. — De plus, la curatelle à laquelle le liquidé est soumis ne dérive pas de sa faiblesse intellectuelle, car la cessation de ses paiements a pu être causée par une catastrophe imprévue, qui aurait vaincu la vigilance humaine la plus tenace. Cette curatelle est due à la nécessité de fournir à la masse des créanciers des garanties sérieuses relativement à la bonne gestion du gage commun ; par conséquent elle n'affecte pas la capacité personnelle et juridique du liquidé, laquelle reprend toute son indépendance dès que l'intérêt des créanciers n'entre pas directement en jeu. L'incapacité du liquidé est donc relative. Au contraire les restrictions, imposées par la loi à l'exercice des droits du prodigue et du mineur émancipé, ne sont que des mesures de protection établies dans l'intérêt seul de l'incapable contre son incapacité personnelle ou contre son inexpérience ; dans l'espèce, l'incapacité est donc absolue. — Les motifs différents de la curatelle civile et de la curatelle commerciale entraînent encore ce résultat : le curateur civil, n'ayant qu'à sauvegarder les intérêts de

l'incapable et compléter sa capacité, ne jouit d'aucune initiative personnelle; nous verrons au contraire que le liquidateur, en considération de l'intérêt de la masse, peut agir seul dans certains cas et sous certaines conditions. — Enfin, tandis que l'incapacité du débiteur en état de liquidation judiciaire est temporaire, celle du prodigue ou du mineur émancipé est permanente.

Étant donné ces considérations, il est des actes que le liquidé peut faire seul; — d'autres qu'il ne peut accomplir sans l'assistance de son liquidateur; — certains nécessitent en outre l'autorisation du juge-commissaire; — plusieurs réclament encore l'avis des contrôleurs; — quelques-uns même exigent, en plus des conditions précédentes, l'homologation du tribunal.

A. — *Actes que le liquidé peut faire seul.*

Tout comme le failli du reste :

1° Le liquidé conserve en propre l'administration des biens appartenant à d'autres qu'à lui; ainsi, en sa qualité de mari, il continue d'administrer sous le régime de la communauté les propres de sa femme (C. civ., art. 1421), et ses biens dotaux sous le régime dotal (C. civ., art. 1549), sauf à elle à demander la séparation de biens; — il ne cesse pas de gérer, en qualité d'administrateur légal, les biens de ses enfants mineurs (C. civ., art. 384), de même que ceux des autres personnes dont il aurait la tutelle ou dont il serait le conseil judiciaire.

2° Il est permis au liquidé d'intervenir dans un procès, où son intérêt moral ou pécuniaire serait engagé (C. comm., art. 443 *in fine*).

3° Le liquidé peut faire tous actes de nature à augmenter son patrimoine, par exemple : accepter une donation, un legs et même une succession ; toutefois dans ce dernier cas, comme le fait de l'acceptation ne saurait empirer la situation de la masse, les charges héréditaires ne pourraient pas être poursuivies sur les biens de la liquidation. Il aurait aussi le droit d'exploiter une nouvelle branche de commerce ou d'industrie ; mais il demeure encore évident que les obligations, qu'il contracterait dans cet ordre d'idées, ne seraient pas exécutoires sur ses biens, et que les nouveaux créanciers ne devraient pas concourir avec les anciens.

4° Enfin, le liquidé conserve l'exercice de tous les droits attachés à la personne, quand même il s'y joindrait accessoirement un intérêt pécuniaire (C. civ., art. 1166). Par conséquent, c'est à lui d'intenter ou de subir les actions qui ne sont pas inhérentes au patrimoine formant le gage des créanciers, mais au contraire qui touchent à l'exercice des droits de famille, qui sanctionnent des droits tout personnels et dont l'opportunité implique une appréciation morale échappant à l'arbitraire des créanciers. Telles sont l'action en révocation pour cause d'ingratitude d'une donation faite par le débiteur avant sa liquidation judiciaire, — l'action tendant à la réparation des inculpations de nature à porter atteinte à la considération du liquidé, — les actions en interdiction, en désaveu de paternité, en

nullité de mariage, en divorce ou en séparation de corps, etc...¹.

B. — *Actes pour lesquels le liquidé doit avoir l'assistance du liquidateur.*

Le liquidé peut, avec l'assistance de son liquidateur :

1° Procéder au recouvrement des effets et créances exigibles ;

2° Faire tous actes conservatoires ;

3° Vendre les objets sujets à dépréciation, ou à dépréciation imminente, ou dispendieux à conserver ;

4° Intenter ou suivre toute action mobilière ou immobilière et toute voie d'exécution (L. 1889, art. 6, al. 1).

Quant aux sommes recouvrées ou résultant des ventes, elles sont versées par l'entremise des liquidateurs à la Caisse des dépôts et consignations (L. 1889, art. 6 *in fine*).

C. — *Actes que le liquidé ne peut faire qu'avec l'assistance du liquidateur jointe à l'autorisation du juge-commissaire.*

Il est des actes que le liquidé ne peut pas exécuter avec la seule assistance du liquidateur. Ainsi le liquidé,

¹ Trib. civ. Sens, 7 mars 1890 (*Gaz. Pal.*, 90, 1, 495). Seule, l'action en séparation de biens fait exception à notre principe : ainsi la demande en séparation de biens formée par la femme du liquidé nécessite la mise en cause à la fois du liquidé, parce qu'un intérêt moral se trouve en jeu en même temps qu'une question pécuniaire, et des liquidateurs, afin que la séparation de biens obtenue produise effet à l'égard de la masse.

qui veut continuer l'exploitation de son commerce ou de son industrie, doit obtenir l'autorisation du juge-commissaire en outre de l'assistance de son liquidateur (L. 1889, art. 6, al. 2).

D. — *Actes qui exigent, indépendamment de l'assistance du liquidateur et de l'autorisation du juge-commissaire, l'avis des contrôleurs.*

Le liquidé ne peut, qu'après l'avis des contrôleurs désignés conformément à l'article 9, avec l'autorisation du juge-commissaire et l'assistance de son liquidateur :

1° Accomplir tous actes de désistement, de renonciation ou d'acquiescement, et de transaction sur tout litige dont la valeur n'excède pas 1,500 francs *ou se trouve déterminée* (L. 1889, art. 7, al. 1 et 2, 1^{re} phrase)¹;

2° Faire, s'il y a lieu, la notification au propriétaire, suivant les termes de l'article 450 du Code de commerce, dans un délai de huit jours à partir de la première assemblée de vérification (L. 1889, art. 18).

E. — *Actes qui réclament, en plus des conditions précédentes, l'homologation du tribunal.*

Enfin il est certains actes qui, en outre des conditions que nous avons rencontrées jusqu'ici, réclament l'homologation du tribunal, par exemple : « Si l'objet de la

¹ Ainsi doit être complété l'article 7, al. 2, 1^{re} phrase, d'après le contexte de l'article 7, al. 2 (Cf. *supra*, Introd., p. 90).

transaction est d'une valeur indéterminée ou excédant quinze cents francs, la transaction n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée dans les termes de l'article 487 du code de commerce » (L. 1889, art. 7, al. 2, 2^e phr.).

Telle est la série des actes que le débiteur en état de liquidation judiciaire est capable d'effectuer seul ou autorisé comme de droit.

§ 2. — Solution des conflits entre liquidé et liquidateur

Malgré les restrictions qui viennent limiter sa capacité, le liquidé conserve incontestablement l'initiative des actes à accomplir. Ce qui le prouve, c'est la formule même dont s'est servi le législateur : « *Le débiteur peut, avec l'assistance des liquidateurs.....* » (L. 1889, art. 6, al. 1 et 2; art. 7, al. 1 et 2) ¹.

Or il peut arriver que le débiteur, par son mauvais vouloir ou par son inertie, observe une attitude préjudiciable à ses créanciers en dépit du désir d'agir du liquidateur : comment coupera-t-on court au conflit ?

Le législateur a réglé l'éventualité d'un dissentiment entre liquidé, qui s'abstient, et liquidateur, qui veut agir, de la façon suivante :

¹ On discuta longtemps pour savoir si l'on ne devait pas préférer cette autre rédaction : « *Le liquidateur doit, avec l'assistance du débiteur ou le débiteur dûment appelé...* ». Mais la Chambre, en adoptant la formule qu'on trouve au texte de la loi (séance du 18 oct. 1888), a tenu à marquer qu'il y avait là une question de volonté de la part du liquidé et qu'elle entendait ainsi abandonner le système du Code de commerce.

1° Pour recouvrer une créance, pour procéder à un acte conservatoire, pour faire une vente de choses sujettes à dépérissement, à dépréciation ou à dépenses, pour SUIVRE une action, le liquidateur, *au refus du liquidé*, a besoin, pour agir seul, d'une autorisation du juge-commissaire qui écarte une fin de non-recevoir de la part des tiers (L. 1889, art. 6, al. 1, 2^e phr.). En d'autres termes, le liquidateur agit seul en vertu d'une ordonnance sur requête du juge-commissaire, le liquidé présent ou appelé par sommation devant le juge à la présentation de la requête ; le greffier dressera du tout procès-verbal.

2° Si maintenant le liquidateur veut INTENTER dans l'intérêt de la masse une action mobilière ou immobilière, à laquelle le liquidé se refuse pour des raisons particulières, pour des convenances de personnes ou de famille, le liquidateur aura le droit d'agir sans l'autorisation du juge-commissaire, mais il devra mettre en cause le liquidé (L. 1889, art. 6, al. 1, dern. phr.)¹. A cet effet, le liquidateur fera faire par huissier sommation au débiteur d'avoir à se joindre à l'instance : le défaut de réponse à cette sommation sera la constatation du refus de concourir du liquidé. Le liquidateur assignera alors le

¹ On n'a pas voulu en effet que, appelé à siéger dans l'affaire, le juge-commissaire pût être moralement lié par l'autorisation qu'il aurait donnée. « On ne peut évidemment songer à prendre l'avis du juge-commissaire, disait M. Demôle dans son deuxième rapport au Sénat (annexes 1888, n° 46, p. 13). Un juge ne peut être appelé à *autoriser* l'introduction d'un procès. Toutes garanties sur ce point particulier résulteraient d'ailleurs de la nécessité de prendre l'avis du contrôleur et de mettre le débiteur en cause. »

liquidé en même temps que le défendeur, afin de rendre commun le jugement à intervenir.

Cette initiative sous conditions accordée au liquidateur est éminemment raisonnable. On comprend en effet que les recouvrements, les actes conservatoires, les ventes urgentes et les actions à suivre ou à intenter ne soient pas subordonnées d'une façon absolue au gré du débiteur : ce sont là des actes qui intéressent l'avantage général de la masse, et qui par là même ne doivent pas rester en souffrance. La raison veut que dans tous ces cas la mission du liquidateur ne soit pas limitée au rôle d'un simple figurant¹.

Mais que décider dans les hypothèses qui ne sont pas visées par l'article 6, alinéa premier ?

Il est tout d'abord certain que le liquidateur ne peut être substitué au débiteur dans l'exercice d'actes relatifs à des droits exclusivement attachés à la personne, comme sont les actes qui se rattachent à l'état ou à la capacité du débiteur, à ses droits de puissance paternelle ou maritale, aux demandes en nullité de mariage, en révocation de donation, etc.

Une autre catégorie d'actes comprend les actes de désistement, de renonciation, d'acquiescement ou de transaction, — la continuation de l'exploitation commerciale ou industrielle, — la continuation du bail des immeubles, — la vente volontaire d'un immeuble, etc.

¹ Il est encore évident que, s'il y avait refus, impossibilité ou incapacité de la part du liquidé de tenir la comptabilité, celle-ci passerait au liquidateur; et, en cas de conflit entre l'un et l'autre, il serait statué par ordonnance du juge-commissaire d'après les circonstances et suivant le plus grand bien de la masse.

L'appréciation de semblables actes n'est plus dominée par la matérialité du fait en lui-même, elle relève intimement de la volonté propre du débiteur, lequel, restant à la tête de son patrimoine, ne saurait encourir les conséquences d'agissements pratiqués en dehors de sa participation. C'est pourquoi le liquidateur, qui, nous l'avons déjà laissé entrevoir, est surtout un curateur, ne pourrait imposer de tels actes au liquidé en dehors d'un texte qui n'existe pas¹.

Telles sont les règles propres à trancher la divergence de sentiments qui surgirait entre le liquidé récalcitrant et le liquidateur disposé à agir.

L'hypothèse inverse, celle d'un liquidateur paralysant l'action du liquidé par un refus d'assistance est, à nos

¹ Sic Lyon-Caen, *Manuel*, p. 920, n° 1498, et Labori, p. 385, n°s 774 et 775, d'après le 2^e rapport de M. Demôle au Sénat, n° 46 (annexe au procès-verbal de la séance du 21 févr. 1889, p. 15) et d'après la discussion de l'article 6, Chambre des Députés, séance du 7 févr. 1889. Contra Drouaux (*op. cit.*, p. 36), lequel reconnaît à tort au liquidateur le pouvoir de continuer, *malgré le débiteur*, l'exploitation du fonds de commerce, pour ces deux motifs : 1^o du moment qu'il y va de l'intérêt de la masse, tout ce qui n'est pas défendu est permis ; 2^o un tel pouvoir n'est pas dangereux, car au-dessus de la volonté du liquidateur il y aura comme correctif la volonté du juge-commissaire ; et particulièrement, en ce qui concerne la mesure grave de l'exploitation provisoire, au-dessus de la volonté du juge-commissaire il y aura celle du tribunal, puisque l'article 6, al. 3, décide que l'ordonnance du juge-commissaire, qui autorisera la continuation de l'exploitation, pourra être déférée par toute partie intéressée au tribunal de commerce. Quoi qu'il en soit, nous reconnaissons plus volontiers que la loi aurait dû permettre au liquidateur, sous certaines conditions, de se désister d'une action ou de faire un acquiescement, dans le cas de refus du liquidé.

yeux, tout aussi intéressante : elle l'a moins été cependant pour le législateur qui, s'en remettant sans doute à l'esprit de bienveillance habituel des liquidateurs envers les créanciers et confiant en la haute surveillance exercée sur les opérations de la liquidation par le juge-commissaire et par les contrôleurs, n'a point cru devoir envisager l'éventualité de semblables abus. Néanmoins, nous pensons que la responsabilité qui pèse sur le liquidateur empêche de suppléer son assistance et que, au cas de refus persistant et injustifié de sa part, l'unique ressource du liquidé serait de provoquer son remplacement par le tribunal de commerce ¹.

SOUS-SECTION II

DES REPRÉSENTANTS LÉGAUX DE LA SOCIÉTÉ LIQUIDÉE

Ce ne serait pas un raisonnement pour éluder toute difficulté que de dire : « Dans la faillite d'une société le rôle dévolu au failli est supprimé, parce qu'il n'existe pas de personne physique pour le remplir. Le syndic représente donc à la fois les créanciers et les associés, malgré les intérêts opposés qu'ils peuvent avoir. » Car le jugement déclaratif de faillite a beau entraîner un dessaisissement absolu qui investit le syndic de tous les pouvoirs de la société, il n'en est pas

¹ Bailly, p. 45, note 2, al. 4 ; Lyon-Caen, *Manuel*, p. 919, n° 1198, A ; Goirand, p. 70. Nulle part, en effet, la loi ne donne au juge-commissaire le pouvoir de trancher ce genre de conflit.

moins vrai que cette société n'est pas dissoute par sa faillite, qu'elle conserve des intérêts en jeu et que, pour ce motif, elle a le droit de surveiller la gestion du syndic en vue d'un relèvement possible, comme le ferait tout failli (C. comm., art. 450, 466, 467, 476-487, 505, 532, 537).

Le raisonnement serait encore plus défectueux s'il était appliqué au cas de liquidation judiciaire d'une société, puisque, nous l'avons déjà laissé entrevoir, le rôle du liquidateur se borne, du moins en principe, à une mission d'*assistance*, et que le liquidé conserve, sous cette simple réserve, son ancienne initiative, partant tous les pouvoirs qui passent en matière de faillite à un syndic.

Il reste acquis qu'une société déclarée en état de liquidation judiciaire doit avoir ses représentants qui, sous l'œil des liquidateurs, agiront avec la même capacité que nous venons de reconnaître à l'individu liquidé judiciairement.

La seule difficulté, et elle est épineuse, consiste à indiquer qui doit jouer dans la liquidation judiciaire d'une société le rôle de liquidé.

Nous nous placerons successivement au double point de vue d'une société non dissoute et d'une société dissoute ou annulée.

§ 1^{er}. — Société non dissoute

Deux principes doivent être tenus pour certains : le premier, sur lequel nous n'aurons pas besoin de revenir,

c'est que la liquidation judiciaire d'une société n'en cause pas nécessairement la dissolution¹ ; le second, qui mérite d'être prouvé, c'est que la liquidation judiciaire n'entraîne pas du tout la révocation du mandat.

On soutient à la vérité, sur le fondement de l'article 2003 du Code civil, que le mandat prend fin par le jugement qui déclare la faillite du mandant ou du mandataire. Quoi de plus rationnel ? dit-on. D'une part il est présumable que le mandant ne tiendra pas à continuer sa confiance à un mandataire qui est tombé en faillite ; d'autre part, le mandat, qui aurait été donné par une personne aujourd'hui en faillite, ne pourrait plus s'exécuter, puisque le mandant se trouve dessaisi de l'administration de tous ses biens et qu'il ne peut plus, ni par lui-même, ni par autrui, faire d'actes relatifs à son patrimoine².

Mais cette argumentation, qui est douteuse même au point de vue de la faillite, devient certainement mauvaise, dès là qu'on se place sur le terrain de la liquidation judiciaire.

Outre ce qu'il peut y avoir de contestable dans l'extension à la matière des faillites et liquidations de la disposition de l'article 2003 du Code civil qui, pris à la lettre, vise seulement le cas de *déconfiture*³, il nous

¹ *Supra*, pp. 184-186.

² Sic Danjon, à son cours ; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 639, n° 2644 ; Aubry et Rau, t. IV, § 416, p. 634 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, 4^e édit., 1869-1878, t. XXVIII, n° 92.

³ Paris, 12 juill. 1869 (S. 1871, 2, 233). Adde Pont, *Traité des petits Contrats*, I, n°s 1141 et 1149 ; *Journ. du Palais*, 1871, 791.

semble que ni la faillite, ni à plus forte raison la liquidation judiciaire du mandataire, n'impliquent fatalement son impéritie ou sa faute et qu'*a priori* le mandat ne doit pas être tenu pour révoqué. Il nous semble encore que, si l'on peut conclure du dessaisissement total du failli à l'impossibilité d'accomplir le mandat qu'il aurait donné jadis en pleine possession de capacité, on ne retrouve plus en matière de liquidation judiciaire le même principe, ni la conséquence qui paraît en découler ; car ici, le mandant n'est que partiellement dessaisi : il peut, par lui-même avec l'assistance de son liquidateur, accomplir des actes intéressant l'administration de son patrimoine, et nous ne voyons pas pourquoi, de concert avec le liquidateur, il n'agirait pas par autrui ; dès lors, nous n'apercevons plus d'obstacle à l'exécution du mandat que le débiteur aurait donné antérieurement au jugement d'ouverture de sa liquidation.

Partant du principe que la liquidation judiciaire n'est qu'une faillite adoucie, dira-t-on par exemple que le mandat doit être révoqué en raison du recours éventuel du mandataire contre un mandant qui désormais ne présente plus la même surface de solvabilité ?

Mais nous ferons observer que la liquidation judiciaire a précisément été instituée pour conjurer les dilapidations de patrimoines, qu'un liquidé est, au sens de la loi, un commerçant intéressé à fournir le plus de garanties possible pour assurer l'heureuse issue de ses propositions de concordat, et qu'il ne saurait être assimilé au failli qui en général aura épuisé ses forces pécuniaires dans une agonie commerciale désespérément prolongée.

Il nous semble donc qu'en droit comme en fait le mandat ne doit pas être *a priori* tenu pour brisé par la survenance de la liquidation judiciaire du mandataire ou du mandant.

S'il en est ainsi, la question de savoir quelles personnes représenteront légalement une société non dissoute pendant les opérations de la liquidation judiciaire devient presque banale.

Les droits et les devoirs de la société liquidée seront exercés et remplis par le gérant ou par l'associé délégué, s'il s'agit d'une société en nom collectif, et par les commandités, s'il s'agit d'une société en commandite simple; ceux d'une société anonyme ou d'une commandite par actions et de leurs actionnaires, à l'encontre des créanciers sociaux, appartiendront aux administrateurs ou gérants en fonctions au jour du jugement déclaratif¹. Toutefois, si le remplacement des administrateurs d'une société anonyme ou celui des gérants

¹ Sic Boistel, n° 1240. C'est en somme la théorie qu'a consacrée la Cour de Paris, en matière de faillite, dans son arrêt du 12 juill. 1869, où il est dit : « que la faillite n'entraîne point par elle-même la dissolution de la société faillie; que la société anonyme continuant de subsister malgré la faillite continue aussi d'avoir pour représentants ses administrateurs en exercice; que le mandat de ceux-ci ne doit point être considéré comme ayant pris fin, suivant l'article 2003, Cod. Nap., par la faillite du mandant, le mandant se composant de la réunion de tous les bailleurs de fonds et se distinguant de la personne morale de la société qui est seule en faillite. » Contra Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 917, n° 3114, et *Manuel*, p. 942, n° 1204; Ch. Buston, Professeur à la Faculté libre de Droit d'Angers. — L'opinion formulée dans l'arrêt de la Cour de Paris est expressément consacrée par l'article 849 du Code italien.

d'une commandite par actions venait à s'imposer, les liquidateurs devraient convoquer l'assemblée des actionnaires à l'effet d'élire, par un vote régulier, de nouveaux représentants ¹.

§ 2. — Société dissoute ou annulée.

Le représentant d'une société qui se trouve en même temps dissoute ou annulée et en liquidation judiciaire, c'est le liquidateur de cette société ².

Dans ces conditions, de qui le liquidateur social tient-il ses pouvoirs ?

Si la dissolution suit la liquidation judiciaire, en fait elle sera toujours judiciaire, et par conséquent le liquidateur tiendra ses pouvoirs du tribunal ³. Si au contraire la dissolution a précédé la liquidation judiciaire et qu'il s'agisse d'une société en nom collectif ou en commandite, tous les associés ou gérants peuvent en principe prendre part à la liquidation ; en fait, ou bien il existe un liquidateur statutaire, ou bien il en est désigné un à l'*unanimité* des associés ou des commandités, faute de laquelle on a recours à la justice et, dans ce dernier cas, c'est du tribunal que le liquidateur tient

¹ Il serait même désirable que, à l'exemple de certaines législations étrangères (L. belge du 18 mai 1873, sur les sociétés, art. 60 ; L. suisse des obligations, art. 643 ; Codes de commerce allemand et italien, art. 159), les actionnaires pussent se convoquer eux-mêmes en assemblée.

² Boistel, p. 1204.

³ V^o en ce sens, quant à la faillite, Pic, *Annales de Dr. commercial*, janv. 1877.

ses pouvoirs ¹. En pratique, également, le liquidateur d'une société anonyme sera, ou bien désigné par les statuts, ou bien nommé à la *majorité* par l'assemblée des actionnaires ; sinon, l'intervention du tribunal deviendra nécessaire ².

SECTION II

DU LIQUIDATEUR

Dans cette section, nous avons à envisager le liquidateur aux points de vue suivants :

- 1° Caractères généraux ;
- 2° Sortes et nomination ;
- 3° Nombre ;
- 4° Attributions ;
- 5° Contrôle, Honoraires, Responsabilité ;
- 6° Remplacement et Révocation.

¹ Nous ne disons pas : « à la *majorité* des associés ou des commandités », parce qu'au début, pour constituer l'association, l'unanimité a bien été requise. Voir en ce sens, relativement à la faillite, Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. I, n° 564 ; Alauzet, t. I, n° 282 ; Bédarride, *Sociétés*, t. II, n° 485 ; Troplong, nos 1025, 1026 et suiv. Contra Boistel, n° 380 ; Bravard et Demangeat, t. I, p. 430 ; Delangle, *Soc.*, n° 685 ; E. Persil, *Des sociétés commerciales*, 1833, p. 380.

² Exiger l'unanimité serait sans doute plus juridique ; mais en fait, étant donné l'exiguïté des locaux de réunion et surtout l'indifférence du petit actionnaire consterné de la peine et des frais que lui coûterait un voyage, ce serait une chimère (Duvivier, *Traité de la faillite des Sociétés commerciales*, Paris, 1887, pp. 191 et 192).

§ 1^{er}. — Caractères généraux.

Si le liquidé conserve l'initiative des actes qui ont trait à l'administration de son patrimoine, le liquidateur ne peut être investi que d'un rôle de surveillance générale dans l'intérêt des créanciers et, tout au moins pendant la période préparatoire aux diverses solutions de la liquidation judiciaire, que d'une mission d'assistance venant compléter nécessairement l'action du liquidé et ne la suppléant que dans des cas limitativement énumérés.

Aussi bien le liquidateur qui, malgré sa dénomination, ne liquide rien durant les opérations préliminaires de l'assemblée du concordat, est-il plutôt un *curateur*, une sorte de conseil judiciaire, coopérant aux actes du liquidé pour les vivifier et de plus pour soustraire celui-ci à l'accusation de faire en réalité ses affaires personnelles sous le couvert de celles de la liquidation.

Par ces côtés le liquidateur diffère entièrement du syndic qui, d'une part, se substitue au failli et en est le mandataire, de l'autre centralise l'ensemble des intérêts des créanciers et devient en quelque sorte la personification de la masse.

Toutefois, d'après les textes, est-il absolument vrai d'affirmer que le liquidateur ne représente ni le liquidé ni la masse des créanciers ?

Il n'est pas exact tout d'abord d'avancer que le liquidateur ne représente *jamais* le liquidé : en effet, si, au refus du liquidé, le liquidateur accomplit certains actes,

il faut pourtant bien reconnaître que le liquidateur représente *quelquefois* le liquidé (L. 1889, art. 6, al. 1).

En second lieu, le liquidateur ne représente-t-il jamais la masse des créanciers ?

Dans un système on soutient que le liquidateur ne représente *jamais* la masse des créanciers. En effet, dit-on : 1° le créancier a tous les droits qui résultent des articles 466 du Code de commerce, 1166 du Code civil, et 474 du Code de procédure civile ; 2° aux termes de l'article 7, alinéa 3 *in fine* de la Loi de 1889 : « *Tout créancier peut intervenir sur la demande en homologation de la transaction*¹ ; » 3° enfin, si on se reporte aux travaux préparatoires de la loi nouvelle, le doute ne tient pas en présence des déclarations très nettes du rapporteur devant la Chambre des Députés : « Le liquidateur, dans la pensée de votre Commission, est à la fois le conseil du débiteur et le surveillant nommé par la justice d'une situation qui, sans sa présence, pourrait présenter des dangers. IL NE REPRÉSENTE NI LA MASSE NI LE DÉBITEUR... C'est là un rôle absolument nouveau dans notre législation des faillites et qui ne sera pas sans difficultés². »

Dans une autre opinion, préférable selon nous³, le liquidateur est susceptible de représenter *dans certains cas* les créanciers. C'est effectivement *au nom de la masse des créanciers* que le liquidateur agit, lorsqu'il adresse une

¹ V° *infra*, pp. 301 et 303.

² Rapport général de la Commission de 1886, pp. 410 et 411. Ailleurs encore M. Laroze ajoute : « Il est bien compris que tout créancier peut intervenir..... COMME LE LIQUIDATEUR NE REPRÉSENTE JAMAIS LA MASSE..... »

³ Douai, arrêt du 4 nov. 1889 (S., 91, 2, 30 ; D., 90, 2, 33).

requête à l'effet d'obtenir un jugement qui reporte à une autre date la cessation de paiements ¹; — quand il poursuit pour banqueroute simple le liquidé (C. comm., art. 588 et 589); — quand il intente l'action en révocation des traités et contrats passés par le débiteur ou par les mandataires de la société durant la période suspecte (L. 1889, art. 19, al. 2, 1^o) ², l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou fondateurs d'une société anonyme, l'action tendant à faire condamner les administrateurs et les fondateurs comme débiteurs personnels et solidaires de tout le passif social au cas de nullité de la société pour violation des prescriptions de la Loi de 1867 (L. 1867, art. 42), les actions en répétition de dividendes fictifs illégalement répartis entre les actionnaires, etc.

Nous concluons donc que *par exception* le liquidateur peut représenter le liquidé ou la masse des créanciers.

Dans tous les cas, il va de soi que le mandat de liquidateur, comme celui de syndic, est personnel.

§ 2. — Diverses sortes et nomination.

Suivant les différentes périodes des opérations, on distingue trois sortes de liquidateurs : le liquidateur *provisoire*, le liquidateur *définitif* et le liquidateur *chargé de réaliser et de répartir les biens*.

Le liquidateur *provisoire*, ainsi appelé parce qu'il

¹ V^o *Supra*, p. 167.

² V^o *Supra*, p. 166.

reçoit un mandat essentiellement temporaire, est nommé par le jugement même qui ouvre la liquidation (L. 1889, art. 4, al. 1, 3^e phr.), et ses fonctions durent jusqu'à la première assemblée des créanciers.

Le liquidateur *définitif* est encore nommé par le tribunal, mais après avis des créanciers pris dans la première assemblée qui a pour objet la présentation de l'état de situation du débiteur (art. 9, al. 1, 2, 3 et 6) et sur le rapport du juge-commissaire (art. 9, al. 5 et 6).

Enfin le liquidateur *chargé de la réalisation de l'actif* est nommé dans les mêmes formes après l'assemblée du concordat, soit qu'il ait été voté un concordat par abandon d'actif (art. 15, al. 2), soit que, le débiteur n'ayant pas obtenu de concordat par abandon d'actif, le tribunal, au lieu de déclarer la faillite, ait laissé la liquidation judiciaire continuer jusqu'à la réalisation et la répartition des biens (art. 19, al. 1, 2^e)¹.

Dans le silence de la Loi de 1889, le liquidateur peut être pris parmi toutes personnes, même parmi les parents du liquidé; car le législateur n'a pas reproduit l'article 463 du Code de commerce, aux termes duquel la parenté ou l'alliance forme obstacle à la nomination de syndic jusqu'au quatrième degré inclusivement².

¹ De même il y a trois sortes de syndics : le syndic *provisoire* nommé par le jugement déclaratif de faillite (C. comm., art. 462, al. 1); le syndic *définitif* nommé par le tribunal après avis de l'assemblée des créanciers (C. comm., art. 462, al. 2 et 3); et le syndic de l'*union* (C. comm., art. 529) également nommé par le tribunal après avis des créanciers.

² Le premier rapport de M. Laroze (Rapport n° 1842, annexe au procès-verbal de la séance du 16 juin 1887) porte en effet :

Est-ce à dire qu'un créancier puisse être nommé liquidateur ?

Le doute provient de ce que l'article 9, alinéa 3, de la nouvelle loi, après avoir été voté en première lecture à la Chambre et au Sénat avec cette rédaction : « Les créanciers donnent leur avis sur le choix des liquidateurs définitifs *qui peuvent être pris parmi eux*, » revint à la Chambre et fut adopté sans discussion, dans la séance du 7 février 1889, avec la suppression des mots : « ... *qui peuvent être pris parmi eux*. » Il est très vrai que rien dans la Loi de 1889 ne prononce l'incompatibilité d'être liquidateur pour un créancier, et que la Loi de 1838 ne la contient pas non plus. Mais cependant, est-ce que la suppression qui a été faite dans le libellé de l'article 9 n'équivaut pas à une prohibition ? Cette prohibition serait, après tout, conforme à la pratique constante qui, sanctionnée par une entente entre ministre des finances et garde des sceaux, interdit aux créanciers l'exercice des fonctions de syndic ¹.

La suppression pure et simple, sans aucune explication, d'une addition faite au texte du premier projet qui avait été présenté à la Chambre, de même que l'existence de circulaires administratives insuffisantes à compléter la loi nous touchent moins que la réserve sage qu'a observée le législateur des faillites et liqui-

« Nous avons voulu que le choix du tribunal ne fût limité par aucune interdiction et qu'il pût désigner le liquidateur parmi toutes les personnes *même parentes du débiteur*, qu'il jugera capables de favoriser la liquidation..... »

¹ Voir en ce sens le rapport de M. Quénault, présenté à la Chambre des Députés le 17 mars 1838.

dations judiciaires. C'est pourquoi, nous reconnaissons volontiers qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre la qualité de créancier et les fonctions de liquidateur. Le mutisme des textes astreint tout simplement les juges au devoir de se montrer circonspects dans leur choix, en raison de la partialité si humaine avec laquelle un créancier soucieux de ses intérêts est engagé à comprendre sa mission ¹.

Si on se place maintenant sur le terrain des sociétés, il est de toute évidence que la diversité des intérêts en jeu et l'organisation du nouveau régime nécessitent la nomination d'un liquidateur, qui vienne prêter son assistance aux représentants de la société non dissoute et en état de liquidation judiciaire.

La logique la plus vulgaire commande la même disposition au cas d'une société en liquidation judiciaire et dissoute ou annulée, à cette différence près que deux liquidateurs, l'un judiciaire et l'autre social, uniront leur action au mieux des intérêts de la masse et de la société. En effet, reporter aux mains du liquidateur social les pouvoirs du liquidateur judiciaire serait supprimer l'un des rouages ordinaires de la liquidation et modifier d'une manière grave, en dehors de l'adhésion des intéressés, les pouvoirs du liquidateur social; ou bien encore mettre un terme au mandat du liquidateur social et ne laisser subsister qu'un liquidateur judiciaire serait confondre les rôles opposés de liquidateur et de liquidé.

¹ Sic Goirand, p. 93. En fait, les rôles de liquidateur et de syndic sont principalement remplis par les agréés ou par les hommes d'affaires.

Eh bien ! on croit positivement rêver lorsque, en parcourant les travaux préparatoires de la loi nouvelle, on voit la Cour suprême revenir sur sa jurisprudence¹ et repousser, par crainte de conflits, l'idée du concours d'un liquidateur social et d'un liquidateur judiciaire² ! On demeure non moins stupéfait à la lecture des observations présentées par l'honorable M. Laroze dans la séance du 7 février 1889 ! Et l'on ne conçoit pas, en regard de la juste appréciation du Sénat, cette résistance de la plupart des Députés aux suggestions de l'équité et du simple bon sens³ !

Les débats furent interminables ; il ne pouvait en sortir qu'une rédaction obscure et incomplète, comme celle-ci :

« Dans le cas où une société est déclarée en état de liquidation judiciaire, s'il a été nommé antérieurement un liquidateur, celui-ci représentera la société dans les opérations de la liquidation judiciaire. Il rendra compte de sa gestion à la première réunion des créanciers. TOUTEFOIS, IL POURRA ÊTRE NOMMÉ LIQUIDATEUR PROVISOIRE » (L. 1889, art. 4, al.2).

¹ Cass. 9 mai 1854 (*J. des Trib. de comm.*, 1854, 3, 94) et Req. 21 janv. 1874 (S., 1874, 1, 312). Adde Paris, 12 juill. 1869 (S., 1871, 2, 233) et 18 déc. 1872 (*Bull. de la Cour d'appel*, n° 2989) ; Trib. comm. Seine, 12 mars 1879 (*Rev. de Dr. commercial*, 1879, p. 241).

² Rapport de M. le président Larombière, lu le 7 juillet 1885 à l'assemblée générale de la Cour de cassation (*J. des Faill.*, 1885, p. 381 et suiv.).

³ La Chambre avait voté que : « Dans le cas où une société est déclarée en liquidation judiciaire, s'il a été nommé antérieurement un liquidateur, les fonctions de celui-ci cessent immédiatement. Il rend compte de sa gestion au liquidateur provisoire, à la première réunion des créanciers. »

Par égard pour le législateur, la seule interprétation que nous voulions donner d'un texte aussi équivoque est la suivante :

Lorsqu'une société dissoute et en liquidation est déclarée en état de liquidation judiciaire, le liquidateur social ou les tiers qui ont été chargés de la liquidation de la société restent en fonctions, ils représentent la société aux opérations de la liquidation judiciaire et un liquidateur provisoire est nommé par le tribunal pour les assister. Toutefois, à raison de la connaissance particulière qu'il peut avoir des affaires de la société, le liquidateur social pourra être nommé liquidateur judiciaire; *mais alors* (et c'est ce que la loi omet d'ajouter), *il deviendra nécessaire qu'une autre personne soit désignée pour représenter la société en son lieu et place dans la liquidation*¹.

¹ V^o 2^e Rapport au Sénat, annexé à la séance du 21 févr. 1889. En ce sens : Buston et Danjon, à leur cours; Bailly, p. 16, note 1; Lyon-Caen, *Manuel*, pp. 945 et 946; E. Lalubie, pp. 40-43.

Nous ne nous dissimulons pas que cette façon d'interpréter l'article 4, alinéa 2, traduit mal la pensée du législateur, qui a voulu, dans sa rédaction, donner une satisfaction apparente aux idées de la Chambre. La preuve en est que M. Boistel (p. 1204), après avoir reconnu que le rôle dévolu au débiteur « appartient au liquidateur déjà nommé, *qui fonctionne alors avec le liquidateur judiciaire*, » ajoute : « *Cependant le tribunal peut réunir ces deux fonctions sur la même tête* (a. 4, 2^e al.) ». Le même commentaire se retrouve sous la plume de MM. Goirand (pp. 76 et 77); Laurin (*op. cit.*, 2^e appendice, p. 20); Labori, p. 388, n^{os} 810 et 811, etc., bien qu'agrémenté de réserves ou de protestations. Mais nous nous refusons à admettre une interprétation *littérale*, qui ferait de nos législateurs des personnages tout bonnement distraits.

Il faut aller en Chine (au dire, croyons-nous, du baron de Hübner) pour voir le même magistrat représenter les intérêts

§ 3. — Nombre.

Le liquidateur étant chargé, non pas d'administrer, mais seulement d'assister le liquidé, il semble qu'une personne seule devrait en exercer les fonctions.

Et de fait, pour économiser les frais, on ne désigne le plus souvent qu'un liquidateur provisoire, lequel est remplacé ou maintenu comme définitif; et quand la liquidation judiciaire aboutit à un concordat par abandon d'actif, il y a lieu de décider si le liquidateur définitif sera maintenu ou remplacé par un autre.

La Chambre se prononça tout d'abord en ce sens; puis elle adhéra à la pensée du Sénat qui, ayant envisagé l'hypothèse d'une liquidation importante ou même laborieuse, comme serait celle d'un débiteur possédant des intérêts dans des régions différentes et éloignées, avait admis la pluralité facultative de liquidateurs¹.

Toute latitude est donc laissée au tribunal pour nommer, suivant les circonstances, un, deux ou trois liquidateurs au maximum (C. comm., art. 462, al. 5, et L. 1889, art. 24)².

contradictoires de deux parties en cause, se faire à soi-même plusieurs rapports, les uns pour, les autres contre, puis trancher enfin la question.

¹ Amendement de M. Léon Renault (*J. Off.*, Sénat, séance du 11 janvier 1889, pp. 12 et 13).

² Louis André, p. 143. On pourrait cependant argumenter de ce que le liquidateur n'est pas un syndic pour conclure à l'inextension de l'article 462 du Code de commerce, et par conséquent au nombre indéterminé des liquidateurs (Goirand, p. 97).

Le seul inconvénient que présente le principe de la pluralité est qu'il prête le flanc à de sérieuses difficultés, notamment au cas de conflits entre liquidateurs et liquidé ou bien entre coliquidateurs. En outre, de quelle manière devra-t-on fixer les attributions de chacun? Nous inclinons à appliquer par analogie l'article 463 du Code de commerce, relatif à l'action collective ou séparée des syndics : par conséquent, les liquidateurs devront tous ensemble assister le liquidé ; néanmoins, le juge-commissaire pourra donner à un ou plusieurs d'entre eux des autorisations particulières à l'effet d'assister le liquidé en vue d'une affaire spéciale ou pour une catégorie d'affaires déterminées ¹.

§ 4. — Attributions.

Les liquidateurs ne sont pas investis des mêmes pouvoirs pendant toute la durée de la liquidation judiciaire.

Au cas de concordat par abandon d'actif ou d'échec de la tentative de concordat non suivi de déclaration de faillite, les liquidateurs chargés de réaliser les biens et d'en répartir le prix sont armés de pouvoirs identiques à ceux des syndics ; c'est uniquement dans cette troisième période qu'ils justifient leur dénomination de « *liquidateurs* » (L. 1889, art. 15, al. 2, et 19, al. 1, 2°) ².

Au contraire, dans les deux premières phases des

¹ Louis André, p. 143 ; Bailly, p. 15, note 1. Pour l'opinion contraire il serait toujours facile d'alléguer que les liquidateurs diffèrent des syndics.

² V° *Infra*, pp. 394 et 403.

opérations, les liquidateurs provisoires et définitifs jouent un rôle tout nouveau. A la différence des syndics, ils ne liquident rien, ils ne représentent en principe ni le liquidé, ni la masse; ils préparent seulement une liquidation possible dans l'avenir: en vue de ce résultat, leurs attributions consistent à *assister le liquidé* dans la gestion de ses biens et à *surveiller les intérêts des créanciers*.

Il suffit de se reporter au tableau que nous avons tracé de la capacité du débiteur, pour connaître les actes que le liquidateur doit fortifier de son concours et ceux-là même dont il peut prendre par exception l'initiative; nous passons¹.

Comme *surveillant des intérêts des créanciers*, le liquidateur arrête et signe les livres du liquidé, il procède avec celui-ci à l'inventaire et il requiert les inscriptions d'hypothèques mentionnées dans l'article 490 du Code de commerce, c'est-à-dire, tant sur les biens des débiteurs du commerçant admis au bénéfice de la liquidation, que sur les biens du commerçant lui-même qui sont grevés de l'hypothèque de la masse (L. 1889, art 4, al. 1); -- il assiste le débiteur dans la présentation de l'état de situation à la première assemblée des créanciers (art. 9, al. 2); -- dans la quinzaine de son maintien en fonctions, il remet au juge-commissaire un mémoire de l'état apparent de la liquidation, de ses principales causes et circonstances, et des caractères qu'elle paraît avoir (C. comm., art. 482)²; -- il verse à

¹ V° *Supra*, pp. 247 et suiv.

² Goirand, p. 89. Cf. Valabrègue, *Du rôle des liquidateurs*, Revue critique, 1889, pp. 568 et suiv.

la Caisse des dépôts et consignations les fonds provenant des ventes et recouvrements (L. 1889, art. 6, al. 4); — il peut recevoir, pour les faire vérifier, les titres des créanciers (art. 11, al. 1); — il procède, concurremment avec les créanciers, à la vérification des créances (art. 12, al. 2); — il signale les fraudes qu'il a découvertes (art. 19, al. 2, 2°); — il intente, s'il y a lieu, contre le liquidé, des poursuites en banqueroute simple (C. Comm., art. 584, 588 et 589); — il adresse au ministère public les pièces, titres, papiers et renseignements qui lui sont demandés en cas de banqueroute (C. comm., art. 602 et 603); — il fait à l'assemblée du concordat un rapport, dans lequel il expose son avis sur les propositions de concordat qui sont émises par le liquidé (C. comm., art. 506)¹; — enfin, il rend des comptes (L. 1889, art. 15, al. 4); par exemple lorsque, en présence du refus du débiteur d'administrer ou de faire certains actes, le liquidateur a dû, avec l'autorisation du juge-commissaire, se substituer à lui (art. 6, al. 2), ou bien lorsqu'il a touché des fonds provenant des recouvrements et des ventes pour les verser à la Caisse des dépôts et consignations (art. 6 *in fine*)².

Pareillement, les liquidateurs judiciaires d'une société

¹ « Bien qu'en thèse générale le liquidé assisté de son liquidateur remplace le syndic, nous croyons que, pour la rédaction du mémoire et du rapport prescrits par les articles 482 et 506, l'intervention du liquidé ne se comprend pas : le liquidateur seul remplace ici le syndic. » Bailly, *op. cit.*, p. 12, note 5 *in fine*.

² L'obligation générale de rendre des comptes paraît bizarre, puisque, en principe, c'est le liquidé qui administre et que le liquidateur se borne à l'assister; néanmoins elle doit être tenue pour certaine.

surveillent les intérêts des créanciers, et ils assistent ses représentants dans les divers actes que comportent l'administration du patrimoine social ainsi que la gestion des biens personnels des associés solidaires.

§ 5. — Contrôle. — Honoraires. — Responsabilité.

Les liquidateurs subissent, dans l'intérêt de la masse, un contrôle de la part des contrôleurs et du juge-commissaire ; le liquidé et les créanciers ont aussi le droit d'élever des réclamations contre leurs actes ou même de s'y opposer.

En revanche une indemnité, *taxée par le juge-commissaire*, peut être octroyée aux liquidateurs « *quelle que soit leur qualité* », c'est-à-dire qu'ils soient créanciers ou étrangers à la liquidation (L. 1889, art. 10, al. 4). L'importance des honoraires à toucher doit être basée sur la somme de travail que le liquidateur a dépensée, sur les soins qu'il a consacrés à l'affaire et sur la responsabilité qu'entraînent avec elles les opérations de la liquidation.

Quelle est cette responsabilité ?

La responsabilité des liquidateurs est identique à celle des syndics de faillite : il y a pour les uns comme pour les autres même raison d'appliquer les règles générales qui régissent la responsabilité des mandataires. Le liquidateur sera donc tenu, non seulement de son dol, mais encore de sa faute, qu'elle consiste dans un fait ou dans une abstention ; et l'appréciation de sa faute sera d'autant plus rigoureuse qu'il est salarié (C. civ., art. 1992).

Si le tribunal a usé de la faculté de nommer plusieurs liquidateurs, l'appréciation de leur responsabilité s'établit d'après la distinction que pose en matière de faillite l'article 463 du Code de commerce. Ainsi, de deux choses l'une : ou bien chaque liquidateur a été chargé d'assister le débiteur pour une affaire spéciale ou pour une catégorie d'affaires déterminées, et alors l'auteur de la faute supporte personnellement les dommages-intérêts qu'il a encourus ; ou bien la responsabilité des liquidateurs se trouve engagée par suite d'une faute commune à tous : dans ce cas les liquidateurs sont tenus, non pas solidairement (à la différence des syndics, C. Comm., art. 465), mais conjointement des dommages-intérêts qui doivent être répartis par part égale entre chacun d'eux (C. civ., art. 1220)¹.

§ 6. — Remplacement et Révocation.

En dehors de l'hypothèse du concordat par abandon d'actif (art. 15, al. 2), la Loi de 1889 est muette en ce qui concerne le remplacement des liquidateurs ; à cet égard, on devra donc procéder conformément aux dispositions de l'article 464 du Code de commerce, c'est-à-dire que le tribunal statuera par jugement sur la nouvelle nomination, après avis des créanciers.

¹ En effet, la solidarité ne se présume pas : pour qu'elle existe, il faut un texte de loi ou une stipulation expresse (C. civ., art. 1202 et 1995). En ce sens Danjon, à son cours ; Bailly, p. 45, note 1 ; Goirand, pp. 91 et 92. Contra Lyon-Caen, *Manuel*, p. 926.

Le remplacement du liquidateur s'impose dès qu'il y a pour lui une impossibilité quelconque de continuer son mandat : par conséquent, aux cas de démission volontaire, de décès, de révocation pour manquement à ses devoirs, par exemple pour cause de refus injustifié d'assister le débiteur, etc.

La révocation d'un ou de plusieurs liquidateurs, pour négligence ou pour dol, est provoquée par le juge-commissaire soit d'office, soit sur les réclamations à lui adressées par des créanciers, par les contrôleurs ou par le débiteur lui-même. Si dans les huit jours le juge-commissaire n'a pas fait droit aux réclamations qui lui ont été présentées, ces réclamations pourront être portées devant le tribunal. Les juges entendront, en chambre du Conseil, le rapport du juge-commissaire et les explications du liquidateur, et ils prononceront à l'audience sur la révocation (C. comm., art. 467, et L. de 1889, art. 24). Le jugement portant révocation pourra contenir aussi la nomination du nouveau liquidateur, après l'accomplissement des formalités prescrites à ce sujet (L. 1889, art. 9, al. 3).

SECTION III

DES CONTRÔLEURS

Caractères généraux, — nomination facultative, — attributions, — gratuité et responsabilité, — remplacement et révocation : tels sont les côtés par lesquels l'institution des contrôleurs mérite l'examen.

§ 1^{er}. — Caractères généraux.

Les contrôleurs n'ont qualité ni pour agir, ni pour représenter, ni pour assister le débiteur ; ils constituent, à côté de l'assemblée des créanciers, un comité de créanciers délégués dans le but de surveiller le débiteur et le liquidateur et d'accélérer le plus possible la marche de la procédure. La nouvelle institution, c'est la mainmise des créanciers sur le contrôle des opérations. Du moins en thèse générale, les contrôleurs ont pour caractère distinctif d'être « *de simples vérificateurs*. »

L'idée n'est pas neuve : elle a été manifestement empruntée au régime des sociétés en commandite par actions, dans lesquelles les nombreux actionnaires, ne pouvant pas suivre tous les agissements du gérant, délèguent à ses côtés un certain nombre d'entre eux sous le nom de « *Conseil de surveillance* » (L. 24 juill. 1867, art. 5)¹.

¹ La création des contrôleurs s'inspire encore, si on veut, des commissaires de surveillance qu'on rencontre dans les sociétés anonymes, mais sous cette réserve que les commissaires ne sont pas forcément des associés (L. 24 juill. 1867, art. 32). — De même le principe de l'innovation se retrouve au fond de certaines législations étrangères qui ont admis, à côté de l'assemblée des créanciers, des délégués de cette assemblée avec mission de surveiller les opérations de la faillite et l'administration des syndics (*Loi hongroise* du 1^{er} janvier 1882, art. 93-111 ; *L. allemande* du 10 févr. 1877, art. 79 et suiv., sous le nom de Comité de créanciers (*Gläubigerausschuss*) ; *L. autrichienne* de 1868, art. 74 et suiv. ; *L. anglaise* de 1883, art. 22, sous le nom de Comité d'inspection (*Comitee of Inspection*) ; *C. comm. italien*, art. 711 et suiv., sous le nom de délégation de créanciers ; *C. comm. portugais*, art. 706,

En tout cas l'idée, quoique fort critiquée dans les discussions parlementaires, a le mérite d'être bonne, et le législateur a bien fait de rendre « *applicables à l'état de faillite les dispositions de la loi présente concernant l'institution des contrôleurs* » (L. 1889, art. 20, al. 2).

Il n'est rien de plus équitable, en effet, que de conférer aux créanciers d'un individu ou d'une société le pouvoir de prendre connaissance des choses de leur débiteur, ainsi que de contrôler et au besoin d'activer la marche de sa liquidation. Jadis, la résignation était la seule ressource de créanciers disséminés un peu partout ! Ils auraient bien voulu voir clair dans les opérations ; mais la peine, les tracas et les frais d'une intervention refroidissaient leur zèle : aussi s'en remettaient-ils par un blanc-seing à la loyauté des hommes d'affaires. C'était malheureusement inviter ces derniers à prendre parfois leur intérêt personnel pour celui de leurs clients et à orienter la procédure par des réclamations et des votes inspirés du précepte : « Charité bien ordonnée commence par soi-même ! » Aujourd'hui, les créanciers sont à même de découvrir les dessous regrettables d'une faillite ou d'une liquidation, pourvu cependant qu'ils désignent comme contrôleurs des gens rompus en matière de commerce et de comptabilité, des gens honnêtes surtout.

sous le nom de curateurs fiscaux ; L. suisse de 1889, art. 235-243, sous le nom de Commission de surveillance). Par contre, l'institution des contrôleurs est inconnue en *Belgique*, en *Espagne* et aussi en *Hollande*, bien que, dans la législation hollandaise, le syndic, appelé administrateur de concours, soit choisi de préférence parmi les créanciers (art. 787, 2°).

§ 2. — Nomination facultative.

Le juge-commissaire, lors de la première assemblée générale, doit attirer l'attention des créanciers « *sur l'utilité d'élire immédiatement parmi eux un ou deux contrôleurs* » (L. 1889, art. 9, al. 3, 2^e phr.).

Ce texte comporte toute une suite de propositions.

Le rôle du juge-commissaire consiste uniquement à rappeler ou à faire connaître aux créanciers le droit qui leur est conféré dès leur première réunion.

C'est aux créanciers seuls que revient le droit de nommer les contrôleurs¹.

Les contrôleurs sont obligatoirement choisis parmi les créanciers, même parents ou alliés du débiteur, parce que, si on avait permis aux créanciers d'élire comme contrôleurs des personnes étrangères à la masse, on eût ouvert la porte aux agents d'affaires².

Comment les contrôleurs sont-ils choisis ? Ils sont nommés par la voie de l'élection et, dans le silence du législateur, l'assemblée des créanciers statue à la majorité absolue des créanciers présents, c'est-à-dire à la moitié plus un des assistants³. Cette nomination est

¹ Il en est ainsi dans presque toutes les législations qui admettent l'élection de contrôleurs. En *Autriche*, cependant, l'élection doit être confirmée par le tribunal (L. de 1868, art. 74). En *Portugal*, c'est le tribunal lui-même qui nomme les curateurs fiscaux en dehors de l'intervention de la masse (C. comm., art. 706).

² Un étranger, créancier dans une faillite ou dans une liquidation judiciaire, pourrait être nommé lui aussi contrôleur.

³ V^e paroles du Rapporteur au Sénat, séance du 17 janv. 1889.

constatée dans le procès-verbal, qui doit être dressé par le greffier (arg. L. 1889, art. 9, al. 5).

La loi parle seulement de « *l'utilité* » d'élire immédiatement des contrôleurs (art. 9, al. 3, 2^e phr.). Cette élection ne constitue donc pas une nécessité dans toute liquidation : les contrôleurs sont des agents purement facultatifs, il dépend des créanciers d'en nommer ou de n'en pas nommer, suivant les circonstances¹. Cependant la loi désire la nomination des contrôleurs ; la preuve en est que, si les créanciers ont pris dans leur première assemblée le parti de ne pas nommer de contrôleurs, ils peuvent, à tout moment de la liquidation, à toute époque de la procédure, revenir sur leur détermination primitive et désigner dans une réunion *spéciale*, convoquée par le juge-commissaire, des délé-

¹ D'après la première rédaction adoptée par la Chambre : « *Les créanciers..... choisissent parmi eux deux contrôleurs.....* » (J. Off., séance du 18 oct. 1888, p. 2220), la nomination se trouvait obligatoire. Comme cette obligation aurait constitué dans la pratique une exigence rigoureuse, capable de paralyser en certaines circonstances l'application de la loi, M. Bouvattier présenta avec talent, mais sans succès, un amendement tendant à rendre simplement facultative la nomination des contrôleurs (Ch. des Dép., séance du 20 oct. 1888). C'est au Sénat que l'on doit la rédaction définitive, suivant laquelle les contrôleurs ne forment pas un rouage indispensable à la liquidation (V^e premier rapport de la Commission du Sénat, pp. 9 et 10. *Supra*, Introd., pp. 85 et 86). — Pareillement dans les pays étrangers, sauf en Autriche, en Portugal et en Italie, la nomination des contrôleurs est facultative. En Angleterre même, cette nomination n'intervient pas dans les petites faillites, c'est-à-dire dans les faillites où les biens du débiteur n'excèdent pas 300 liv. sterl. (L. de 1883, art. 121 et 122).

gués avec mission d'exercer la surveillance qui leur paraîtrait nécessaire (L. 1889, art. 9, al. 4, art. 10 et 15, al. 2)¹.

En tout cas, il va de soi que les contrôleurs sont libres de décliner le mandat qui leur est offert par leurs cocréanciers. Pour cela, point de notification de leur renonciation n'est requise : le simple refus verbalement formulé devant l'assemblée qui les a choisis nous semble suffisant.

§ 3. — Attributions.

Les attributions dévolues aux contrôleurs se classent en deux catégories : attributions de *surveillance* et attributions de *conseil*.

A. — Attributions de surveillance.

Les contrôleurs surveillent la gestion du liquidé et des liquidateurs, mais sans y prendre part.

A ce titre :

1° Ils vérifient la régularité des opérations et des écritures du débiteur ; en particulier ils vérifient l'état de situation présenté par lui (L. 1889, art. 10, al. 1) ;

2° Ils surveillent les opérations des liquidateurs

¹ Cette séance pourrait sans doute avoir lieu en même temps qu'une séance de vérification ou d'affirmation par exemple, mais à la condition que la nomination des contrôleurs eût été annoncée dans les lettres de convocation et dans les insertions de journaux.

(L. 1889, art. 10, al. 1), et, comme tous créanciers, ils ont le droit de faire opposition à chacune d'elles (C. comm., art. 466);

3° Ils ont toujours le droit de se faire présenter les livres par les liquidateurs;

4° Ils peuvent, à toute époque, demander compte aux liquidateurs de l'état de la liquidation judiciaire, des recettes effectuées et des versements opérés à la Caisse des dépôts et consignations (L. 1889, art. 10, al. 1) : tout manquement à ce devoir, qui serait préjudiciable à la masse ou au débiteur, pourrait faire encourir aux contrôleurs une condamnation à des dommages-intérêts.

B. — *Fonctions consultatives.*

Surveillants, les contrôleurs sont encore des conseillers; ils donnent des *avis* à toute période quelconque des opérations et dans tous les cas présentant une certaine importance.

En particulier :

1° Les contrôleurs doivent être consultés sur certains actes que le liquidé veut accomplir avec l'assistance du liquidateur et l'autorisation du juge-commissaire, comme sont les actes de désistement, de renonciation ou d'acquiescement (L. 1889, art. 7, al. 1) et de transaction (art. 7, al. 2);

2° Les contrôleurs doivent encore donner leur avis sur la notification à faire, s'il y a lieu, au propriétaire du liquidé dans les termes de l'article 450 du Code de commerce (L. 1889, art. 18);

3° Enfin « *les liquidateurs sont tenus de PRENDRE LEUR AVIS (des contrôleurs) sur les actions à intenter ou à suivre* » (L. 1889, art. 10, al. 2).

Étant donné la rédaction de ce passage, on entrevoit la forme multiple et le caractère nullement obligatoire que revêtent les avis des contrôleurs.

D'un côté les contrôleurs, qui se trouveront éloignés, absents ou retenus par leurs affaires, n'auront pas besoin d'être entendus en personne : il suffira que le juge-commissaire mentionne dans son ordonnance que l'avis a été donné ; néanmoins, pour ne pas encourir les risques d'un désaveu, il sera prudent de sa part de recueillir l'avis par écrit ¹.

D'un autre côté les dissidences, qui surviendraient entre le liquidateur et les contrôleurs ou bien même entre contrôleurs, ne devraient pas être nécessairement portées devant le juge-commissaire ² ; car, si les liquidateurs sont obligés, dans plusieurs cas, de *prendre l'avis* des contrôleurs, la loi ne dit pas qu'ils soient liés par cet avis. L'avis des contrôleurs est donc une sorte de consultation, que n'est pas obligé de suivre celui qui la prend ³.

¹ Mais les fonctions de contrôleur, ayant un caractère tout personnel, ne peuvent être déléguées à un tiers substitué ; si le contrôleur nommé ne peut les remplir, il doit démissionner entre les mains du juge-commissaire (V° *infra*, p. 283).

² Contra Lefort, *J. des Écon.*, avril 1889.

³ Sic Bailly, p. 15, note 2, al. 2 ; Goirand, pp. 107 et suiv. Si le législateur avait entendu rendre suspensif l'avis des contrôleurs, il aurait employé cette expression : « *après autorisation....* », ou bien cette autre : « *sur l'avis conforme.....* » dont il s'est servi à propos de la révocation des contrôleurs (L. 1889, art. 10, al. 3).

§ 4. — Gratuité et Responsabilité.

Les contrôleurs exercent avant tout une mission de dévouement dans l'intérêt de la masse, et leur présence ne doit point accroître les frais de la liquidation : voilà pourquoi ils ne reçoivent pas d'honoraires, leurs fonctions sont gratuites (L. 1889, art. 10, al. 3, 1^{re} phrase).

La gratuité de la mission de contrôleurs ne saurait en rendre l'existence impossible.

Sans doute, les contrôleurs remplissent un mandat et tout mandat comporte une responsabilité; mais, par cela même qu'ils ne touchent rien, ils bénéficient d'une responsabilité très restreinte. Ainsi, à la différence des liquidateurs, les contrôleurs ne répondent que de la *faute lourde*, comme au cas de dommage causé par suite d'extrême négligence, de manque absolu de surveillance ou de retard injustifiable dans l'envoi de l'avis qui leur a été demandé; la fausse manœuvre et l'appréciation erronée n'entraînent pour eux une responsabilité pécuniaire que si elles sont entachées de dol. D'un autre côté, dans leurs rapports communs, les contrôleurs, à la différence des syndics, ne sont pas solidaires : ils n'encourent d'obligation qu'à raison de leur *faute personnelle* (L. 1889, art. 10, al. 3, 3^e phrase). Il y a là, comme on le voit, une double dérogation au droit commun (Cf. C. civ., art. 1992, et C. comm., art. 465)¹.

¹ 1^{re} paroles de M. Chevillotte, Chambre des Députés, séance du 18 oct. 1888. La responsabilité personnelle des contrôleurs rappelle les règles particulières établies pour les sociétés par actions (L. 24 juill. 1867, art. 9 et 44).

§ 5. — Remplacement et Révocation.

Le législateur ne s'est explicitement occupé que de la révocation des contrôleurs; il a passé sous silence le cas où l'un d'eux viendrait à mourir ou à solliciter de lui-même son remplacement.

Et d'abord il sera sage, pour le contrôleur désireux de démissionner au cours de la liquidation, de se rappeler la règle de droit commun d'après laquelle la renonciation à tout mandat accepté doit être faite en temps opportun, sous peine d'exposer le renonçant à des responsabilités pécuniaires (C. civ., art. 2007). En second lieu, il faudra que la démission du mandataire soit portée à la connaissance de ses mandants. Or, de la combinaison des règles prescrites pour la nomination et la révocation des contrôleurs il suit que le juge-commissaire, sur la demande officieuse ou sur la requête du renonçant, usera des diligences nécessaires pour soumettre sa démission aux créanciers réunis en assemblée et provoquer, s'il y a lieu, la nomination d'un nouveau contrôleur. Au cas de décès, le juge-commissaire procéderait d'office dans les mêmes formes.

Passons à l'hypothèse de la révocation des contrôleurs.

« Ils (les contrôleurs) ne peuvent être révoqués que par le tribunal de commerce, sur l'avis conforme de la majorité des créanciers et la proposition du juge-commissaire » (L. 1889, art. 10, al. 3, 2^e phr.).

Par où l'on voit que, si les contrôleurs sont révo-

cables à toute époque, ils ne le sont toutefois que très difficilement.

A. — *Proposition du Juge-commissaire.*

Les mots : « ... *sur la proposition du juge-commissaire* » ne signifient pas du tout que l'initiative du juge-commissaire se borne à saisir le tribunal ; car le juge-commissaire possède sûrement l'initiative de la motion même de révocation. Mais ce serait, croyons-nous, tomber dans une autre erreur que de lui attribuer, d'après les termes de la loi, le monopole de cette initiative ; il n'est pas admissible, en effet, que les créanciers n'aient pas le droit de réclamer eux-mêmes la révocation de mandataires de leur choix.

Non, ce qui est interdit aux créanciers, c'est de se réunir spontanément, sous l'influence d'un caprice ou de la passion, et de délibérer, en proie à des considérations d'ordre purement personnel, sur une question remplie de gravité ; sans quoi, il suffirait d'une majorité de rencontre pour mettre en échec le dévouement des contrôleurs, et pour créer à des gens de bonne volonté une situation intenable, qui en empêcherait le recrutement.

Par cette condition de : « ... *la proposition du juge-commissaire*, » le législateur a tout simplement voulu que le droit exclusif de provoquer un délibéré sur l'attitude des contrôleurs appartint à une volonté calme, indépendante et réfléchie.

B. — *Avis conforme de la majorité des créanciers.*

L'assentiment des créanciers est chose naturelle, puisque la menace de révocation vise des mandataires qu'ils ont choisis et dont, mieux que personne, ils sont à même de discuter les actes.

A cet effet, le juge-commissaire convoque les créanciers, soit d'urgence dans une réunion spéciale, soit incidemment dans une des réunions quelconques de la liquidation ; mais, selon nous, la délibération n'est valable dans les deux cas que si, au préalable, les créanciers ont été spécialement avertis, par lettres et insertions, de l'objet de la réunion. Avant tout, il faut éviter un vote de surprise.

L'avis est donné par la majorité des créanciers présents ou représentés à la réunion.

C. — *Jugement du Tribunal de commerce.*

La révocation constitue en soi une mesure rigoureuse, qui amoindrit la personne qu'elle frappe ; et cependant il était impossible au législateur d'en déterminer les cas nombreux. Ce sera une mission délicate pour les juges que celle de discerner les tenants et les aboutissants de la proposition du juge-commissaire, et de ne jamais révoquer les contrôleurs que pour des manquements graves et préjudiciables aux intérêts des créanciers.

Quoi qu'il en soit de ces difficultés en perspective, le tribunal conserve, croyons-nous, la pleine liberté de

révoquer ou de ne pas révoquer. Il peut fort bien refuser la révocation, lors même que les créanciers auraient émis un vote d'approbation. Tout ce que le législateur a voulu dire en parlant d'*avis conforme*, c'est que, si le tribunal croit devoir révoquer les contrôleurs, il ne peut le faire en contrariété de sentiment avec la masse des créanciers¹.

SECTION IV

DU JUGE-COMMISSAIRE

Il nous importe de donner quelques détails sur le caractère, — sur la nomination et le remplacement, — et sur les attributions du juge-commissaire.

§ 1^{er}. — Caractère.

Qu'on se place sur le terrain de la liquidation judiciaire ou sur celui de la faillite, l'intérêt général exige dans l'un et l'autre cas que les opérations de liquidation soient soumises au contrôle indépendant de la

¹ La plupart des commentateurs (Drouaux, p. 44; Henri Coulon, p. 240; etc.) avancent que « le Tribunal DEVRA SE CONFORMER à l'avis des créanciers, puisque le législateur a écrit : AVIS CONFORME. » Cette formule interprétative est à tout le moins très équivoque : elle tendrait à déclarer obligatoire pour les juges l'avis des créanciers. On conviendra sans peine que les Tribunaux ne sont pas des machines à signer.

justice, et, comme ce contrôle ne saurait être exercé par le tribunal de commerce tout entier, il est rempli en son nom par l'un de ses membres, qui prend le nom de « *Juge-Commissaire.* »

Le juge-commissaire n'administre pas, mais il est l'âme de l'administration; il donne une impulsion plus active aux opérations; il sert de conciliateur entre le liquidé, le liquidateur et les créanciers, et il est le modérateur des prétentions que viendraient à émettre les contrôleurs, ces représentants nouveaux des créanciers ¹.

§ 2 — Nomination et Remplacement.

Le juge-commissaire est indifféremment pris parmi les juges titulaires ou les juges suppléants; il est nommé par le tribunal dans le jugement d'ouverture de liquidation, sans même que les créanciers soient appelés à formuler leur avis (L. 1889, art. 4, al. 1, 3^e phrase. — C. comm., art. 451).

Ses fonctions commencent à l'instant même de sa nomination et elles continuent jusqu'à la clôture de la liquidation; toutefois le tribunal peut, à toute époque

¹ *J. Off.*, séance du 18 oct. 1888, p. 2219, 2^e colonne. Aucune autorité semblable n'existe dans la Loi allemande. Au contraire, nous rencontrons un juge ou fonctionnaire ayant des attributions analogues à celles du juge-commissaire français dans les législations suivantes : C. belge (art. 446); C. comm. hollandais (art. 787); C. italien (art. 727 et suiv.); Loi autrichienne de 1868 (art. 67); Loi anglaise de 1883, art. 21, 82 et suiv. (*l'Official receiver* dépendant du Board of Trade).

et pour quelque cause que ce soit (décès, cessation de pouvoirs, démission...), remplacer le juge-commissaire primitivement nommé par un autre de ses membres (C. comm., art. 454, et L. 1889, art. 24)¹.

Le juge-commissaire n'encourt aucune exclusion ni incapacité particulière ; il est donc simplement soumis aux causes générales de récusation (C. proc. civ., art. 378 et suiv.)².

§ 3. — Attributions.

Le juge-commissaire joue, en matière de liquidation judiciaire, le même rôle qu'en cas de faillite : il intervient dans l'intérêt de la masse et dans celui du débiteur. Dès lors, on comprend qu'à peu de chose près ses attributions soient les mêmes ; en effet il exerce, au nom du tribunal, un *contrôle* sur la liquidation, il fait des *rapports* et il rend des *ordonnances*.

A. — Contrôle.

Le juge-commissaire exerce, au nom du tribunal, une surveillance sur la liquidation ; pour cela, il n'a pas besoin d'être requis, il doit agir de son propre mouvement.

¹ Angers, 13 févr. 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 1, 572).

² Ajoutons cependant que les liquidateurs, qui croiraient devoir récuser le juge-commissaire, devraient le faire dans les trois jours du jugement qui les a nommés (Arg. Cass., 2 juill. 1855).

Par exemple :

1° Le juge-commissaire fait convoquer et préside les assemblées de créanciers (L. 1889, art. 9, al. 3 ; art. 13, al. 3 et art. 14 ; C. comm., art. 462, 493, 504, 505, 507 et 536) ;

2° Il surveille les opérations de la liquidation et il les accélère, s'il est possible (C. comm., art. 452, al. 1) ;

3° Il signale au tribunal les fraudes du débiteur, s'il en découvre (C. comm., art. 477) ;

4° Il veille à ce que le liquidateur et les contrôleurs restent dans les limites de leur mandat (Décret du 25 mars 1880, art. 1 et 2) ;

5° Il propose la révocation du liquidateur (C. comm., art. 467) et des contrôleurs (L. de 1889, art. 10, al. 3) ;

6° Il annote et adresse au ministère public le mémoire ou compte sommaire de l'état apparent, des causes et des caractères de la liquidation, que les liquidateurs lui ont remis dans les quinze jours de leur maintien en fonctions (C. comm., art. 482) ;

7° Il fixe le chiffre des sommes que le liquidé peut conserver entre ses mains pour subvenir aux besoins de son exploitation commerciale (C. comm., art. 489) ;

8° Il taxe les frais et les indemnités, dont les liquidateurs présentent l'état dans la dernière assemblée des créanciers (L. 1889, art. 15).

B. — *Rapports.*

Le juge-commissaire doit faire un rapport au tribunal de commerce, lorsque le tribunal est appelé à sta-

tuer sur le maintien ou la révocation des liquidateurs et des contrôleurs (L. 1889, art. 9 *in fine*, et 15, al. 2; C. comm., art. 529 et 541).

Le juge-commissaire fait encore des rapports sur toutes les contestations que soulève la liquidation et qui sont de la compétence de la juridiction consulaire dont il dépend (C. comm., art. 452, al. 2) : ces rapports sont faits avant l'ouverture des débats, et le juge-commissaire doit y émettre son avis¹. Le rapport est une condition essentielle de tout jugement rendu à propos d'une contestation née de la liquidation judiciaire : en conséquence, le jugement qui n'en aurait pas été précédé serait nul²; il en serait de même du jugement qui ne porterait pas la mention que le rapport a été fait³. Mais le juge-commissaire n'est pas obligé de faire rapport au tribunal des incidents, qu'il aurait qualité pour trancher en personne; de même il peut se dispenser de rendre compte au tribunal de commerce des contestations, qui d'après leur nature doivent nécessairement, de l'avis de toutes les parties, être portées devant les tribunaux ordinaires, par exemple des questions de validité d'inscriptions hypothécaires ou d'anté-

¹ Le rapport n'étant pas fait après mise en délibéré ou sur une instruction par écrit, nous croyons en effet à l'inextension de l'article 114, C. pr. civ. (Arg. Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2808, 2°).

² Cass., 9 mars 1880 (S., 80, 1, 343); 8 avril 1884 (D., 84, 1, 439); 13 nov. 1889 (*Gaz. Pal.*, 89, 2, 594).

³ Paris, 14 déc. 1888 (*Gaz. Pal.*, 89, 1, 281); Cass., 8 avril 1884, précité; Aix, 12 déc. 1877 (S., 78, 2, 115); Orléans, 23 nov. 1881 (*Gaz. Pal.*, 82, 1, 248; D., 82, 2, 241). Cf. Caen, 14 déc. 1880 (S., 81, 2, 138); Lyon, 15 févr. 1882 (D., 82, 2, 241); Rouen, 13 mai 1888 (*Gaz. Pal.*, 88, 2, 630).

riorité entre créanciers inscrits. La participation du juge-commissaire au jugement est possible, sans être obligatoire¹.

C. — Ordonnances.

Sous la forme d'ordonnances, le juge-commissaire autorise des actes qui sont aux yeux du législateur spécialement graves, et il statue sur certaines difficultés.

Ainsi :

1° En cas de liquidation où l'on ne trouve pas de suite l'argent nécessaire pour subvenir aux premiers frais de déclaration et de publicité, le juge-commissaire ordonne, sur une requête du greffier accompagnée de l'état des frais qu'il taxe en même temps, une avance de fonds de la part du Trésor public (C. comm., art. 461);

2° Au refus du débiteur de recouvrer certains effets et créances exigibles, d'accomplir des actes conservatoires, etc., il peut être procédé par les liquidateurs seuls, avec l'autorisation du juge-commissaire (L. de 1889, art. 6, al. 1);

3° Le juge-commissaire autorise la notification de continuation de bail qu'il y a lieu de faire au propriétaire dans les termes de l'article 450 du Code de commerce (L. 1889, art. 18), et il autorise le débiteur à continuer l'exploitation de son commerce ou de son industrie avec l'assistance du liquidateur (L. 1889, art. 6, al. 2);

¹ Comme en matière de faillite (Lyon-Caen, *codem*).

4° Il peut autoriser le liquidé à faire des actes de désistement, d'acquiescement ou de renonciation, et même des transactions, pourvu que la valeur de la transaction soit déterminée ou n'excède pas 1,500 fr. ; si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excédant 1,500 francs, la transaction n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée dans les termes de l'article 487 du Code de commerce (L. 1889, art. 7, al. 1 et 2) ;

5° Il peut donner à un ou plusieurs liquidateurs des autorisations spéciales à l'effet d'accomplir séparément certains actes d'administration (C. comm., art. 465) ;

6° Il fixe, sur la proposition du liquidateur, la pension alimentaire qu'il serait convenable d'allouer au liquidé et à sa famille (C. comm., art. 474) ;

7° Il accorde, s'il y a lieu, aux créanciers, domiciliés *en dehors* du territoire continental de la France, un délai plus long que celui de quinzaine, qui est imparti aux créanciers pour la production de leurs titres (L. 1889, art. 12, al. 1 *in fine*) ;

8° Il autorise la convocation de l'assemblée prévue par l'article 13 *in fine* de la Loi de 1889 ;

9° Il ordonne les répartitions de deniers entre créanciers (C. comm., art. 566) ;

10° Il statue sur certaines difficultés : par exemple si un dissentiment s'élève entre le débiteur et le liquidateur, la question est portée devant le juge-commissaire (L. 1889, art. 6, al. 1, 2° phrase) ; d'une manière générale, le juge-commissaire statue sur l'*opposition* que le liquidé, les créanciers ou les contrôleurs font aux actes des liquidateurs, et dans ce cas il semble juridique de

lui faire un devoir de statuer dans un délai de trois jours (C. comm., art. 466, al. 1, et L. 1889, art. 24).

Il nous reste à savoir si les ordonnances du juge-commissaire sont susceptibles de recours.

En principe, par un motif de célérité, les parties intéressées n'ont aucun recours contre les ordonnances du juge-commissaire, qui concernent surtout des actes d'administration et d'urgence (C. comm., art. 453).

Il est cependant des actes d'une gravité exceptionnelle par rapport auxquels les ordonnances du juge-commissaire sont susceptibles de recours ; mais alors elles sont exécutoires par provision. Telles sont les ordonnances qui autorisent la continuation de l'exploitation du commerce du liquidé (L. 1889, art. 6, al. 3), qui répondent à des réclamations dirigées contre les actes des liquidateurs (C. comm., art. 466), qui fixent, sur la proposition des liquidateurs, les secours alimentaires nécessaires au liquidé et à sa famille (C. comm., art. 474), qui statuent sur des demandes en revendication, etc....

Le recours, quand par exception il se trouve octroyé, est recevable jusqu'à l'exécution de l'ordonnance. Il s'exerce, soit par voie d'opposition, c'est-à-dire par assignation contre la partie qui a obtenu l'ordonnance occasionnant le grief, soit, lorsqu'il n'y a d'autres parties en cause que celles qui ont provoqué l'ordonnance non conforme à leurs conclusions, par voie de requête.

Le recours est porté devant le tribunal de commerce, dont le juge-commissaire est le délégué (L. 1889, art. 6, al. 3, et C. comm., art. 453). Dans de telles conditions, la participation du juge-commissaire au jugement est-elle admissible ? Nous ne le croyons pas, pour ce motif

qu'il est impossible d'autoriser le juge-commissaire à coopérer à la formation d'un jugement qui doit statuer sur sa propre compétence¹.

SECTION V

DU TRIBUNAL DE COMMERCE

Le Tribunal de commerce a reçu, en matière de liquidation judiciaire, une mission analogue à celle dont il s'acquitte en cas de faillite. Il n'est pas seulement appelé à rendre le jugement d'ouverture de liquidation (L. 1889, art. 2, al. 1) et à fixer la date de la cessation de paiements (C. comm., art. 441), il remplit encore d'autres fonctions, et la faculté de recourir contre ses décisions présente certaines dérogations au droit commun.

§ 1^{er}. — Attributions.

Les attributions du Tribunal de commerce sont de deux sortes : *gracieuses* ou *contentieuses*.

A. — Attributions gracieuses.

L'intervention du Tribunal de commerce se produit à titre gracieux aux divers points de vue suivants :

1^o Le Tribunal nomme et remplace le juge-commis-

¹ En ce sens : Bédarride, t. I, n^o 245 ; Dall., V^o *Faillite*, n^o 354 ; Contra Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n^o 2808, p. 753.

saire (L. 1889, art. 4, al. 1 ; C. comm., art. 451 et 454) ;

2° Il nomme, maintient ou révoque les liquidateurs (L. 1889, art. 4, al. 1 ; 9, al. 6 ; 15, al. 2. C. comm., art. 462, 464 et 467) ;

3° Il révoque les contrôleurs (L. 1889, art. 10, al. 3) ;

4° Il statue sur l'approbation ou l'annulation de l'ordonnance du juge-commissaire, qui autorise la continuation de l'exploitation du commerce ou de l'industrie du liquidé (L. 1889, art. 6, al. 3) ;

5° Il homologue les transactions, dont l'objet est d'une valeur indéterminée ou supérieure à 1,500 francs (L. 1889, art. 7, al. 2 ; C. comm., art. 487) ;

6° En cas de contestation sur l'admission d'une ou de plusieurs créances, il peut augmenter le délai fixé pour la réunion dans laquelle les créanciers auront à se prononcer sur les propositions de concordat (L. 1889, art. 14, al. 3) ;

7° Il homologue le concordat (C. comm., art. 515) ;

8° Il statue sur l'opposition formée par le débiteur ou les créanciers à la taxe des frais et indemnités des liquidateurs, faite par le juge-commissaire (L. 1889, art. 15, al. 3).

B. — *Attributions contentieuses.*

Le Tribunal de commerce statue au contentieux :

1° Sur toutes les actions nées de la liquidation judiciaire ou qui s'y rattachent directement ; en d'autres termes, sur toute contestation de nature à être résolue

par les principes particuliers à la liquidation judiciaire ou au Code de commerce (L. 1889, art. 24), bien que l'acte contesté puisse être de sa nature purement civil (C. comm., art. 635). Au nombre des contestations pour lesquelles le Tribunal de commerce n'est pas compétent, il y a celles qui ont trait à des questions d'état, à des demandes en nullité de donations pour inobservation des formes prescrites (C. civ., art. 931 et suiv.)¹ ;

2^o Sur les recours formés contre les décisions prises par le juge-commissaire, dans les cas où elles ne sont pas rendues en dernier ressort (L. 1889, art. 6, al. 3 ; C. comm., art. 453, 466 et 474).

§ 2. — Voies de recours.

Les jugements du Tribunal de commerce sont-ils susceptibles de recours ?

Nous ne reviendrons pas sur les règles qui régissent le droit de recourir contre le jugement d'ouverture ou de refus de la liquidation judiciaire².

En dehors de cette hypothèse, il faut reconnaître que, pour des motifs de célérité et d'économie qui se retrouvent en matière de faillite, les jugements relatifs à

¹ Nancy, 2^e ch., 28 déc. 1891 (*Gaz. Trib.*, 24 févr. 1892) ; Aix, 6 juin 1891 (*J. Faill.*, 1893, p. 296). Orillard, *De la compétence et de la procédure des Tribunaux de commerce*, édit. 1855, n^o 602 ; Boitard et Glasson, *Leçons de procédure civile*, 15^e édit. 1890, t. I, p. 429, note 1 ; Pardessus, t. V, n^o 1186 ; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n^o 3179.

² *Supra*, pp. 155 et suiv.

l'administration de la liquidation judiciaire ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de pourvoi en cassation. Ainsi, toutes décisions du Tribunal de commerce portant nomination ou révocation du juge-commissaire et des liquidateurs, révoquant les contrôleurs, ou bien statuant sur des oppositions ou des recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire, sont définitives et rendues en dernier ressort (C. comm., art. 583) ¹.

Quant aux autres jugements, ils restent, conformément au droit commun, susceptibles d'opposition, d'appel et de pourvoi en cassation. En ce qui touche l'opposition et le pourvoi en cassation, il n'y a aucune particularité à signaler². Mais, relativement au droit d'appeler, le délai se trouve notablement réduit : pour tout jugement rendu en matière de liquidation judiciaire, il est de quinze jours à compter de la signification du jugement, avec augmentation des délais de distance à raison d'un jour par cinq myriamètres (C. comm., art. 582). L'appel et aussi l'opposition, en matière de liquidation judiciaire, doivent être signifiés au liquidé et au liquidateur à la fois (L. 1889, art. 5, al. 1).

¹ V° contra, en ce qui concerne *l'appel des jugements de révocation des contrôleurs*, E. Lalubie, *op. cit.*, pp. 73 et 74.

² L'opposition ne comporte de règles spéciales que lorsqu'elle est formée contre un jugement fixant la date de la cessation de paiements (C. comm., art. 580 et 581 ; L. 1889, art. 24).

SECTION VI

DES CRÉANCIERS

Dans la pensée du législateur, les créanciers doivent diriger eux-mêmes ou par mandataires la liquidation, sous la surveillance du juge-commissaire et des contrôleurs et avec le concours du liquidateur. Ils ont, à peu près dans les mêmes conditions, des droits et des obligations identiques à ceux qui leur sont reconnus en matière de faillite, qu'on les prenne en tant que masse ayant des intérêts collectifs ou qu'on les envisage en tant que personnes privées. Toutefois, d'ores et déjà il est facile d'entrevoir que, la masse n'ayant pas en principe de représentant pendant la procédure préparatoire aux issues de la liquidation judiciaire, les droits individuels des créanciers du liquidé seront forcément plus étendus que ceux de chacun des créanciers du failli.

§ 1^{er}. — De la Masse.

Considérés *ut universi* par suite du dessaisissement partiel du débiteur qui vient suspendre en principe l'exercice des poursuites individuelles, les créanciers donnent des *avis* ou bien ils prennent des *délibérations*.

Ainsi, ils sont appelés à donner leur avis sur le main-

tien ou le remplacement des liquidateurs provisoires ou définitifs (L. 1889, art. 9, al. 3, 1^{re} phr., et art. 15, al. 2); — ils nomment directement un ou deux contrôleurs parmi eux (art. 9, al. 3, 2^e phr., et al. 4; art. 15, al. 2); — ils donnent leur avis sur la révocation des contrôleurs (art. 10, al. 3); — enfin leur rôle délibératif se révèle principalement dans les réunions auxquelles ils sont convoqués (art. 9, 12, 13, 14 et 15).

En tant qu'ils ont des intérêts collectifs, les créanciers forment une masse qui agit par l'intermédiaire du liquidé assisté du liquidateur¹. A quel titre la masse agit-elle? Ordinairement, comme l'ayant cause du liquidé, dont elle exerce les droits et même dont elle peut, suivant telle solution de la liquidation judiciaire, réaliser le patrimoine (C. civ., art. 1166). Il en résulte que les jugements, obtenus contre le débiteur avant l'ouverture de sa liquidation, seront opposables à la masse et que les actes sous seing privé, passés par le liquidé et portant une date antérieure au jugement d'ouverture, auront, sauf le cas de fraude, date certaine à son égard². Cependant la masse n'est pas seulement l'ayant cause du liquidé, elle est parfois un tiers vis-à-vis de lui quand elle exerce des droits qui lui sont propres : par exemple, les inscriptions d'hypothèques et de privilèges prises après l'ouverture de la liquidation sont valables à l'égard du liquidé, mais, à l'égard de la masse, elles peuvent être annulées (C. comm., art. 446 et suiv.); de même, le cours des intérêts de toute créance non garantie par

¹ *Supra*, pp. 264 et 262. Sic Lyon-Caen, *Manuel*, p. 924, n° 1193 A.

² Boistel, n° 968.

un privilège, par une hypothèque ou par un nantissement, est arrêté à l'égard de la masse des créanciers (L. 1889, art. 8, al. 1).

Ces considérations diverses reçoivent application au cas de liquidation judiciaire des sociétés.

En effet, la masse des créanciers sociaux, en tant qu'ils ont un intérêt commun, agit par l'entremise des représentants de la société assistés des liquidateurs ; et cette masse agit, tantôt (et c'est le plus souvent) en qualité d'ayant cause de la société liquidée, tantôt en vertu de droits que la société ne possédait certainement pas.

Le côté le plus intéressant des liquidations judiciaires de sociétés est la multiplicité des masses et la composition des assemblées.

Sans doute, dans les sociétés où les associés ne se trouvent pas personnellement responsables, comme dans les sociétés anonymes, la masse comprend exclusivement les actionnaires et les créanciers sociaux.

Mais il n'en est plus de même dans les sociétés en nom collectif, en commandite simple et en commandite par actions, où l'on voit nécessairement en présence les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés en état de liquidation judiciaire par suite de la liquidation judiciaire de la société¹ ; dans ces sortes de liquidations *il y a autant de masses qu'il y a d'associés personnellement responsables plus un, et une assemblée spéciale correspond à chacune de ces masses.*

¹ Pour simplifier les choses, nous supposons que tous les associés ont obtenu comme la société le bénéfice de la liquidation judiciaire ; nos explications resteraient les mêmes si l'un ou plusieurs des associés avaient encouru la faillite.

En effet, chaque associé est bien un liquidé à l'égard de ses créanciers personnels comme vis-à-vis des créanciers sociaux ; mais, tandis qu'en regard de chaque associé il y a une masse spéciale composée de ses créanciers personnels, à côté se trouve une masse générale, la masse des créanciers sociaux. Et pendant que les créanciers sociaux, en leur double qualité de créanciers sociaux et de créanciers personnels de chacun des associés, exercent des droits dans l'une et l'autre liquidation, les créanciers personnels au contraire ne participent qu'aux opérations de la liquidation judiciaire de leur débiteur, ils n'ont aucune prétention à élever sur la liquidation et la répartition de l'actif social ou du patrimoine des autres associés, et ils subissent le concours des créanciers sociaux sur les biens de leur débiteur personnel¹.

§ 2. — Des créanciers considérés individuellement.

Individuellement, les créanciers produisent leurs titres et ils procèdent à la vérification et à l'affirmation de leurs créances (L. 1889, art. 11, 12 et 13) : en particulier, tout créancier peut contester une créance (C. comm., art. 494, et L. 1889, art. 12, al. 2) ; — les créanciers ont encore le droit individuel de surveiller le liquidé et le liquidateur, d'élever des réclamations contre leurs actes (C. comm., art. 466), de demander au juge-commissaire la révocation du liquidateur (C. comm.,

¹ Cette distinction entre les masses présente de l'importance au point de vue de la vérification des créances et du vote ainsi que des effets du concordat (*Infra*, pp. 352-353, 387-388, 397 et 398).

art. 467), de former opposition ou d'interjeter appel contre le jugement fixant la date de la cessation des paiements (C. comm., art. 580 et suiv.), de faire opposition à la taxe des frais et indemnités ainsi qu'aux redditions de comptes des liquidateurs (L. 1889, art. 15, al. 3 et 4); — un créancier peut poursuivre le liquidé en banqueroute simple ou se porter partie civile dans une instance en banqueroute frauduleuse (C. comm., art. 584, 590 et 592, al. 2; L. 1889, art. 24); — un créancier a le droit de demander seul la conversion de la liquidation judiciaire en faillite (L. 1889, art. 19, et arg. C. comm., art. 590 et 592); — tout créancier ou tout actionnaire, basant sur l'article 1382 du Code civil la responsabilité des administrateurs d'une société anonyme en état de liquidation judiciaire, peut introduire contre eux des demandes en indemnité; mais, pour réussir, l'un devra prouver que leurs fautes ou leur dol ont exercé à son préjudice une influence sur la conclusion du contrat, l'autre que ce dol ou que ces fautes ont occasionné, soit son entrée dans la société lors de l'achat de ses actions, soit sa sortie par une revente¹; — tout actionnaire est libre de former contre les fondateurs ou contre les administrateurs de la société anonyme une demande en responsabilité basée sur la nullité de la société, cause manifeste de sa ruine²; etc.

¹ V^o, relativement au créancier, Toulouse, 26 déc. 1876 (D., 1879, 1, 209); par rapport à l'actionnaire, Labbé, note sous arrêt de Cass. du 3 déc. 1883 (S., 1885, 1, 97); Boistel, n^o 313 bis; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n^o 3124; Vavasseur, t. II, n^o 864.

² Lyon, 9 févr. 1883 (D., 1883, 2, 113); Trib. comm. Seine, 7 mars 1884 (*J. des Soc.*, 1884, 1, 716); Cass., 18 mai, 3 juin et 7 déc. 1885 (*J. des Soc.*, 1886, p. 81).

Maintenant, à la différence de ce qui se passe en matière de faillite : un créancier a la faculté d'exercer individuellement les droits et actions du liquidé en vertu de l'article 1166, C. civ. ; — « *tout créancier peut intervenir sur la demande en homologation de la transaction* » (L. 1889, art. 7, al. 3 *in fine*) ; — tout créancier est libre d'invoquer l'article 474 du Code de procédure civile dans les cas où le droit commun l'y autorise : « *Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel, ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés* » (Arg. L. 1889, art. 7, al. 3 *in fine*)¹.

Il nous paraît encore incontestable que, dans une société anonyme en liquidation judiciaire, les *actionnaires* ou quelques-uns d'entre eux possèdent le droit d'agir à leurs risques et périls, concurremment avec le liquidateur ou à son défaut, contre les administrateurs, leurs mandataires, qui se seraient rendus coupables de fautes ou d'omissions dans la gestion des affaires de la société².

De même, dans une société anonyme en état de liquidation judiciaire, les *créanciers* peuvent intenter,

¹ Lyon-Caen, *Manuel*, p. 927, n° 1198 n; Buston, à son cours.

² Ce point est controversé en matière de faillite. V° dans le sens de l'opinion émise au texte M. Labbé (note sous arrêt de Cassation, Ch. Req., en date du 3 déc. 1883, S., 1885, 1, 97; J. P., 1885, p. 225; addé arg. L. 24 juill. 1867, art. 47 et 39 cbn.). Contra Lyon-Caen (*Précis*, t. II, n° 3124) et Cour d'Orléans, arrêt du 20 mars 1884 (J. P., 1885, p. 812), d'après lesquels les actionnaires ne pourraient que porter plainte contre l'inaction du syndic auprès du juge-commissaire dans les termes des articles 466 et 467 du Code de commerce.

isolément ou en groupe, à leurs risques et périls, l'action sociale en vertu de l'article 1166 du Code civil¹; — les actions en répétition de dividendes fictifs illégalement répartis entre les actionnaires; — l'action en révocation des traités et contrats passés par les mandataires de la société durant la période suspecte; — l'action tendant à la condamnation des administrateurs et des fondateurs comme débiteurs personnels et solidaires de tout le passif social, au cas de nullité de la société pour inobservation des prescriptions de la Loi de 1867 (L. 1867, art. 42, et L. du 1^{er} août 1893, art. 5)².

À côté de ces droits, il est une obligation pour les créanciers que nous ne pouvons passer sous silence : c'est de ne faire aucune convention particulière, qui soit de nature à leur procurer quelques avantages. Le créancier, qui aura stipulé, soit avec le liquidé, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la liquidation judiciaire³, ou qui aura fait un traité spécial duquel résulterait en sa faveur un profit à la charge de la masse, deviendra passible des peines correctionnelles

¹ Même controverse que précédemment en matière de faillite. V° dans le sens de notre opinion M. Labbé (note sous arrêt de Cass. du 21 déc. 1873, S., 1879, 1, 97). Contra Lyon-Caen (*Précis*, t. II, n° 3124); Thaller (*Rev. crit.*, 1885, p. 285); Cass., 21 déc. 1875; Orléans, 20 mars 1884 (*J. des Faill.*, 1884).

² Forcément incomplète serait la liste que l'on voudrait donner de ces actions au nombre desquelles figure l'action en responsabilité contre un commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion de la société, etc.

³ Chambéry, 20 janv. 1890 (*Gaz. Pal.*, 90, 1, 319); Cass., 20 juin 1874 (D., 75, 1, 236); 22 juin 1877 (S., 77, 1, 388; D., 77, 1, 407). Adde Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3091; Boistel, n° 1093.

prévues par l'article 597 du Code de commerce. Ces conventions seront déclarées nulles à l'égard de toutes personnes, et même à l'égard du liquidé (C. comm., art. 598). La condamnation du délinquant sera publiée (C. comm., art. 600).

SECTION VII

DU MINISTÈRE PUBLIC

Le ministère public n'intervient pas dans les opérations, notamment il n'assiste pas aux assemblées des créanciers; il est investi seulement d'un droit de contrôle, destiné à assurer la bonne administration des liquidations et à faire découvrir plus facilement les crimes et les fraudes qui peuvent se révéler au cours de la procédure.

En conséquence :

1° Le procureur de la République du ressort reçoit dans les vingt-quatre heures, par les soins du greffier du tribunal de commerce, un extrait des jugements d'ouverture de liquidations contenant leurs principales dispositions (C. comm., art. 459);

2° Il reçoit également communication, par l'intermédiaire du juge-commissaire, du mémoire ou compte sommaire de l'état apparent de la liquidation, de ses principales causes et circonstances, et des caractères qu'elle paraît avoir, mémoire que les liquidateurs ont à rédiger dans la quinzaine de leur maintien en fonctions (C. comm., art. 482);

3° La loi permet aux officiers du ministère public d'assister à l'inventaire dressé conformément à l'article 4, alinéa 1, de la Loi du 4 mars 1889 (C. comm., art. 483);

4° Le ministère public intente, quand il y a lieu, des poursuites en banqueroute simple ou frauduleuse contre le liquidé (C. comm., art. 584, 587, et L. 1889, art. 19, al. 2, 2°);

5° Enfin le procureur général reçoit du greffier du tribunal de commerce, tous les trois mois, un relevé indiquant sommairement la situation de chaque liquidation, d'après les énonciations portées sur un registre spécial (Décret du 25 mars 1880, art. 3).

SECTION VIII

DU GREFFIER

Le greffier remplit le rôle le plus modeste : il n'a aucune initiative, aucun pouvoir; on lui demande simplement de se montrer exact dans l'accomplissement des fonctions que voici :

1° Immédiatement après le jugement qui nomme les liquidateurs provisoires, le greffier les informe de cette nomination (L. 1889, art. 4, al. 1, 4° phr.).

2° Dans les vingt-quatre heures, le greffier du tribunal de commerce doit adresser au procureur de la République du ressort un extrait du jugement d'ouver-

ture de liquidation contenant ses principales dispositions (C. comm., art. 459).

3° Le greffier convoque les créanciers aux différentes assemblées qui ont lieu au cours des opérations (L. 1889, art. 9, al. 1, — 12, al. 1, — 13, al. 1 et 3, — 14, al. 1); dans ces assemblées il rédige les procès-verbaux, auxquels il confère l'authenticité et que dès lors on ne peut pas attaquer, si ce n'est par la voie toujours périlleuse de l'inscription de faux.

4° Le greffier est autorisé à recevoir en dépôt les titres des créanciers (L. 1889, art. 11, al. 1).

5° Au greffe de tout tribunal de commerce et de tout tribunal civil jugeant commercialement il doit être tenu un registre, coté et paraphé, sur lequel sont inscrits, pour chaque liquidé, article par article et à leurs dates respectives, les actes relatifs à l'administration de la liquidation : ce registre est tenu sous la surveillance spéciale du juge-commissaire, et, tous les trois mois, un relevé sommaire des énonciations qu'il contient doit être transmis au procureur général par le greffier du tribunal (Décret du 23 mars 1880, art. 1, 2 et 3).

6° Enfin : « *Les prescriptions du décret du 18 juin 1880, contenant le tarif des droits et émoluments que les greffiers des tribunaux de commerce sont autorisés à percevoir, sont applicables au cas de liquidation judiciaire comme au cas de faillite* » (L. 1889, art. 17).

CHAPITRE IV

De la Procédure préparatoire aux Solutions de la Liquidation judiciaire.

A la suite de la mise en liquidation judiciaire s'ouvre une procédure destinée à préparer l'une ou l'autre solution de la liquidation. Il s'agit de savoir si, d'après la situation matérielle et morale du débiteur, il convient de lui accorder un concordat. Les créanciers ne seront à même de se prononcer sur ce point, que s'ils connaissent d'une manière certaine les forces de la liquidation. La « *procédure préparatoire* » a précisément pour but d'établir cette balance entre l'actif et le passif au moyen d'un ensemble de dispositions qu'il nous importe d'expliquer.

SECTION PREMIÈRE

DES MESURES CONCERNANT L'ACTIF

Deux choses ont ici préoccupé le législateur : la constatation de l'actif et la conservation intacte du gage des créanciers,

C'est pourquoi le liquidateur assume quatre obligations : arrêter les livres du liquidé ; — dresser un inventaire ; — requérir l'inscription des hypothèques au profit de la masse ; — et régler l'administration du patrimoine en vue de rendre possible un concordat.

§ 1^{er}. — De l'Obligation d'arrêter les livres du débiteur.

Le liquidateur provisoire, prévenu immédiatement après le jugement par le greffier du tribunal, doit arrêter et signer les livres du débiteur *dans les vingt-quatre heures de sa nomination* (L. 1889, art. 4, al. 1, 4^e phr.)¹. A cet effet, il inscrit sur le livre-journal, sur le livre des inventaires et sur le livre des copies de lettres, dont la tenue est légalement obligatoire, la mention suivante : « Arrêté le... (date et signature). »

Cette disposition a pour but d'empêcher le liquidé de se livrer à des additions ou à des suppressions sur ses livres. A la vérité, elle nous paraît d'une efficacité douteuse ; car, la liquidation n'intervenant que sur la requête du débiteur, il est fort à croire que celui-ci se sera préalablement assuré de la faveur de ses livres : au lieu d'attendre le jugement d'ouverture pour songer à opérer sur ses livres des modifications quelconques, il déposera son bilan après avoir pris toutes les mesures de prudence que lui commande son intérêt.

¹ Nous remarquerons que ce délai ne court pas du moment où le liquidateur a reçu la lettre du greffier, mais du moment où la nomination a été faite, c'est-à-dire à partir de l'instant où le jugement a été lu à l'audience publique du tribunal.

§ 2. — De l'Inventaire.

Le liquidateur provisoire, aussitôt après avoir arrêté et signé les livres, procède, dans le même délai de vingt-quatre heures, à la confection de l'inventaire conjointement avec le liquidé, c'est-à-dire en sa présence et contradictoirement avec lui (L. 1889, art. 4, al. 1, 4^e phr.)¹.

Mais, si le débiteur se trouve absent, malade ou empêché, le liquidateur pourra-t-il procéder seul? devra-t-il tout au moins lui faire une sommation d'assister à l'opération?

D'après un premier système, le liquidateur procède à l'inventaire avec l'assistance du débiteur, si celui-ci se présente; mais en cas d'absence ou d'empêchement, il procède seul et il n'a pas à faire délivrer de sommation: l'article 4 de la loi vaut d'intimation légale².

Dans une seconde opinion que nous préférons, on dit: Le liquidateur dressera l'inventaire d'accord avec le liquidé, sinon, après lui avoir fait sommation d'y assister³.

¹ Au cas de liquidation judiciaire d'une société en nom collectif ou en commandite, le liquidateur inventorierait dans les mêmes conditions l'actif personnel de chaque associé en nom mis en état de liquidation judiciaire; mais, si chacun des associés avait été déclaré en faillite, le liquidateur judiciaire de la société devrait inventorier leurs biens d'après les règles posées par le Code de commerce (art. 479: « *Dans les trois jours.....* » et suiv.).

² Drouaux, pp. 30 et 31.

³ Isaure-Toulouse, *Manuel-Formulaire de la Faillite et de la Liquidation judiciaire*, Paris, 1890, p. 51. Le même auteur ajoute (texte et note 2): « Au cas de résistance seulement, le liquidateur,

Quoi qu'il en soit, la loi veut un inventaire dans les vingt-quatre heures, parce que, en matière de liquidation judiciaire, il n'y a pas d'apposition de scellés¹, et qu'ainsi le liquidé pourrait peut-être céder à la tentation d'opérer quelques détournements au préjudice de ses créanciers².

De ce que l'actif reste entre les mains du liquidé, il suit que l'inventaire des liquidations doit être encore plus complet et plus détaillé, s'il se peut, que celui des

après avoir averti le juge-commissaire, peut requérir le juge de paix d'apposer les scellés et, au cas de refus de ce magistrat, se pourvoir en référé. Pour introduire ce référé délicat, le liquidateur, selon nous, adressera au juge de paix une réquisition dont il dressera procès-verbal, y constatera le refus de ce magistrat et y requerra qu'il en soit référé au président du tribunal : sur quoi le juge de paix devra sur-le-champ ajourner le liquidateur devant le président. »

¹ *Supra*, pp. 148 et 149.

² A ce propos, nous dirons que les personnes coupables de faits de complicité de banqueroute frauduleuse seraient déclarées banqueroutiers frauduleux (C. pén., art. 403), et que la même peine s'étendrait à ceux qui agissant simplement dans l'intérêt du liquidé ou bien faisant le commerce sous le nom d'autrui, auraient détourné ou dissimulé une partie de l'actif, etc. (C. comm., art. 593, al. 1 et 3.) Les proches parents ou alliés du liquidé, qui auraient, sans complicité avec lui, détourné, diverti ou recélé quelque chose de la liquidation, ne seraient pas frappés des peines de la banqueroute, ils encourraient les peines du vol (art. 594). Dans ces différents cas « la cour ou le tribunal saisis statueront, lors même qu'il y aurait acquittement, 1° d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits ; 2° sur les dommages-intérêts qui seraient demandés, et que le jugement ou l'arrêt arbitrera » (art. 595). Tous arrêts et jugements de condamnation rendus en cette matière seront affichés et publiés aux frais des condamnés (art. 600).

faillites. Il contiendra un état descriptif et estimatif de toutes les marchandises, matériel et objets mobiliers qui garnissent le fonds de commerce, l'état des créances actives bonnes, douteuses ou litigieuses, les valeurs en portefeuille avec l'estimation des objets qui seraient consignés chez des tiers ou donnés en gage, la description estimative du mobilier personnel du débiteur. Il devra faire mention également des biens immobiliers et des déclarations du débiteur sur les divers éléments qui composent son actif. Enfin il comprendra un état énumératif des dettes.

Bien que le liquidé et le liquidateur soient de simples particuliers, le juge de paix n'assiste pas à cet inventaire et il ne le signe pas à chaque vacation, parce que sa présence à l'inventaire d'une faillite a pour raison d'être la levée des scellés et qu'ici les scellés n'ont pas lieu d'être apposés. En tout cas, l'inventaire, daté et signé par le liquidateur et le liquidé, doit être dressé en la forme ordinaire de la loi des faillites, c'est-à-dire en double minute, dont l'une est déposée au greffe du tribunal de commerce dans les vingt-quatre heures et l'autre reste aux mains du liquidateur (C. comm., art. 480).

§ 3. — De l'Inscription des hypothèques au profit de la masse.

C'est le liquidateur provisoire qui, au nom de la masse des créanciers, requiert, toujours dans les vingt-quatre heures de sa nomination, les inscriptions d'hypothèques mentionnées en l'article 490 du Code de commerce (L. 1889, art. 4, al. 1 *in fine*, et art. 5, al. 2).

En conséquence, d'une part le liquidateur requiert dans le nom de la masse les inscriptions d'hypothèques sur les immeubles des débiteurs du liquidé, si elles n'ont pas été prises par lui, et d'autre part il requiert l'inscription de l'hypothèque légale de la masse sur les immeubles que le liquidé possède personnellement ; dans ce dernier cas, une inscription générale suffit pour frapper tous les immeubles sis dans un même arrondissement (C. civ., art. 2148)¹.

§ 4. — Mesures de gestion.

Normalement la liquidation judiciaire doit se terminer par une tentative de concordat : or, il n'interviendra un pareil traité que si le liquidé a pu conserver une partie assez importante de son patrimoine pour offrir à ses créanciers de sérieuses garanties ; aussi cherche-t-on à garder intact l'actif du liquidé, plutôt qu'à le réaliser, pendant la période qui s'étend du jugement ordonnant la liquidation à l'assemblée du concordat.

Les actes de gestion sont faits, d'une manière générale, sous la signature du liquidé visée par le liquidateur.

Nous traiterons successivement :

1° Des actes conservatoires ;

2° Du recouvrement des effets et créances exigibles ;

¹ Ces trois obligations ne comportent pas de sanction expresse ; le liquidateur est donc responsable dans les termes du droit commun des conséquences de son incurie. De plus, il n'est pas défendu au liquidateur de se faire remplacer, comme en matière de faillite, par un mandataire régulier, sauf au tribunal à mettre ordre aux abus qui viendraient à naître de ce chef.

- 3° De la continuation de l'exploitation du commerce du liquidé ;
- 4° De l'exercice des actions en justice ;
- 5° Des actes de désistement, de renonciation ou d'acquiescement ;
- 6° Des transactions ;
- 7° Des ventes ;
- 8° Des secours accordés au liquidé.

A. — *Actes conservatoires.*

Ces actes, que la Loi de 1889 n'a pas définis, n'impliquent aucune disposition des valeurs de l'actif : loin de compromettre le patrimoine, gage commun des créanciers, ils ont pour objet de maintenir dans leur intégrité les éléments dont il se compose.

Le liquidé peut accomplir les actes conservatoires de toute espèce (L. 1889, art. 6, al. 1).

Ainsi :

- 1° Il interrompt les prescriptions qui courent contre lui ;
- 2° Il pratique des saisies-arrêts entre les mains de ses débiteurs ;
- 3° Il renouvelle, *en temps utile*, les inscriptions d'hypothèques sur les immeubles de ses propres débiteurs¹ ;

¹ Mais ce sont les liquidateurs eux-mêmes qui, *dans les vingt-quatre heures de leur nomination*, prennent au nom de la masse inscription sur les immeubles des débiteurs du liquidé pour l'actif hypothécaire que celui-ci n'aurait pas encore inscrit (*Supra*, pp. 313 et 314). C'est là une restriction au droit d'agir du liquidé en matière d'actes conservatoires, qu'il importe de noter.

4° Il présente à l'acceptation les lettres de change qu'il possède en portefeuille;

5° Il fait dresser tout protêt;

6° Il produit à un ordre ouvert, etc...

Une condition seulement est mise aux pouvoirs du liquidé, c'est qu'il soit assisté de son liquidateur¹. Si par hasard le liquidé ne pouvait pas ou ne voulait pas se prêter à l'exécution d'un acte conservatoire, le liquidateur pourrait y procéder seul avec l'autorisation du juge-commissaire (L. 1889, art. 6, al. 1, 2^e phr.).

B. — *Recouvrement des effets et créances exigibles.*

Le liquidé recouvre sur sa quittance, portant la signature du liquidateur, toutes ses créances exigibles (L. 1889, art. 6, al. 1. — Cf. C. comm., art. 471, al. 3); à son refus, il pourra être procédé par le liquidateur seul, avec l'autorisation du juge-commissaire (L. 1889, art. 6, al. 1, 2^e phr.).

Par application du droit commun, le droit de recouvrer implique pour les débiteurs celui de se libérer volontairement. Eh bien, sans distinction entre une créance ordinaire, une lettre de change et un billet à ordre, le paiement fait au liquidé seul n'aurait cependant pas par lui-même de vertu libératoire, et le débiteur qui, de bonne foi, l'aurait effectué, serait exposé à payer deux fois, à moins qu'il ne puisse établir la preuve que les deniers par lui versés ont profité à la masse (arg.

¹ Contra, malgré les termes formels de la loi, Labori, *op. cit.*, p. 383, n° 750, Cf., en matière de faillite, C. comm., art. 490, al. 4,

C. civ., art. 1241). Le motif d'une telle rigueur est bien simple : le liquidé n'est pas absolument capable de recevoir un paiement, puisque la loi exige qu'il soit muni de l'assistance de son liquidateur. Et si l'on demande le pourquoi de cette demi-capacité, il faut répondre qu'avant tout la loi a tenu à préserver la masse des créanciers de toute tentative de détournement à son préjudice¹.

Des sommes importantes pourront donc se trouver concentrées entre les mains du liquidé.

Pour empêcher les fonds recouvrés d'être détournés, de rester improductifs ou de fructifier pour le compte d'une personne autre que la masse, le législateur a voulu qu'ils soient remis au liquidateur et que, sous la déduction des sommes arbitrées par le juge-commissaire pour le montant des dépenses et frais, ils soient immédiatement versés par le liquidateur à la Caisse des dépôts et consignations². Les deniers déposés par le liquidateur, ainsi que tous autres consignés par des tiers pour le compte de la liquidation ne pourront être retirés qu'en vertu d'une ordonnance du juge-commissaire ; s'il existe des oppositions, le liquidateur devra préalablement en obtenir la mainlevée (L. 1889, art. 6, al. 1 et 4 ; C. comm., art. 489, al. 1 et 2 cbn).

Les contrôleurs, qui ont toujours le droit de demander compte des recettes effectuées et des versements faits (L. 1889, art. 10, al. 1), réclameront au besoin

¹ Goirand, pp. 155 et 156.

² L'argent produira intérêt à 3 %, soixante jours après le dépôt (Ord. 3 juill. 1876, art. 14).

contre le liquidé ou contre le liquidateur le châtiment que l'un ou l'autre mérite en raison de ses infidélités. Car le fait par le liquidé de ne pas remettre au liquidateur les fonds provenant de recouvrements constitue sans nul doute l'un des cas de fraude qui sont punis de la faillite forcée (L. 1889, art. 19, al. 2, 2°). D'un autre côté, dans les trois jours des recettes, le liquidateur justifie auprès du juge-commissaire de leurs versements à la Caisse des dépôts et consignations : en cas de retard, il doit les intérêts à 5 % des sommes qu'il a omis de déposer (C. comm., art. 489, al. 1, 2° phr.) ; de plus, s'il s'était rendu coupable de « *malversation dans sa gestion* », il devrait être puni correctionnellement des peines portées en l'article 406 du Code pénal (C. comm., art. 596), et le jugement de condamnation serait affiché et publié à ses frais (C. comm., art. 600)¹.

C. — *Continuation du commerce du liquidé.*

L'intérêt de la masse et celui du débiteur peuvent à la fois commander la continuation de l'exploitation commerciale. En effet, l'achalandage constitue souvent la valeur la plus considérable du patrimoine des commerçants, de telle sorte qu'une brusque interruption de quelques jours seulement dans l'exploitation du fonds

¹ Ces peines sont : deux mois à deux ans d'emprisonnement, — une amende, — l'interdiction facultative, de cinq ans à dix ans, des droits civils, civiques et de famille (C. pén., art. 405 et 406 cbn.).

de commerce d'un débiteur suffise à déprécier et même à ruiner le gage le plus sérieux de ses créanciers. Par ailleurs, l'embarras qui a rendu inévitable la cessation de paiements est peut-être purement accidentel et la diminution de crédit insignifiante, ou bien le débiteur est doué de telles qualités que ses propositions de concordat seront sûrement accueillies ; dans ces conditions, il importe de ne pas immobiliser tout à coup son fonds de commerce, mais au contraire de lui conserver la clientèle capable de le relever, dès qu'il aura été maintenu d'une façon définitive à la tête de ses affaires.

Le liquidé est donc *libre*¹, moyennant l'assistance de son liquidateur, de continuer son commerce ou son industrie ; mais, comme ses illusions pourraient le jeter dans la continuation d'une entreprise qui aggraverait encore sa situation, il doit obtenir par requête l'autorisation du juge-commissaire (L. 1889, art. 6, al. 2. — Cf. C. comm., art. 470)².

Deux conditions sont ainsi nécessaires :

1° AUTORISATION DU JUGE-COMMISSAIRE

La requête est présentée au nom du liquidé par le liquidateur qui y ajoute son approbation. L'ordonnance d'autorisation du juge-commissaire peut, en raison de

¹ *Supra*, pp. 251 et 252.

² Si on n'a pas en outre exigé l'avis des contrôleurs, c'est que l'utilité qu'il y a d'interrompre le moins de temps possible l'exploitation, nécessite la prise d'une résolution avant toute réunion des créanciers (Cf. Lyon-Caen, *Annuaire de législ. franç.*, 1889, p. 68 note 3, et *Manuel*, p. 948, note 1).

l'importance et des dangers de la mesure dont il s'agit, être déférée par tout intéressé au tribunal de commerce; mais elle est exécutoire par provision, parce que son objet ne souffre aucun retard (L. 1889, art. 6, al. 3). L'ordonnance est conservée par le liquidateur qui en donne copie certifiée au liquidé et qui, en cas de difficultés, en fait le dépôt au greffe.

2^o ASSISTANCE DU LIQUIDATEUR

Si l'on prend à la lettre l'article 6, alinéa 2 de la Loi de 1889, on est forcé de convenir que, pour tous les actes *sans distinction* qu'il passera durant la continuation de son commerce, le liquidé est obligé de requérir l'*assistance* de son liquidateur; de plus, aucune voie n'y est tracée aboutissant à la solution des inévitables conflits qui se produiront au cours de la continuation des opérations de commerce¹.

Et cependant, le liquidé ne jouit pas seulement de la faculté de contracter quelques ventes journalières (comme semblait le dire M. Demôle, au Sénat, dans la séance du 17 janvier 1889); il a des pouvoirs analogues à ceux d'un syndic, c'est-à-dire que, avec le montant des sommes que lui aura laissées en maniement le juge-commissaire (C. comm., art. 489, al. 1), il pourra consentir toutes les aliénations et obligations nécessaires à la vie commerciale à laquelle on lui aura permis de se livrer. Il pourra donc acheter, vendre, emprunter, s'en-

¹ V^o en ce sens Goirand, p. 160; H. Coulon, p. 166.

gager, hypothéquer, etc.¹. Par où l'on voit que la défense de contracter de nouvelles dettes (L. 1889, art. 5, al. 2 *in fine*) subit une importante dérogation dans l'hypothèse où le liquidé vient à continuer son commerce.

Si telle est l'étendue des pouvoirs du liquidé dûment autorisé à poursuivre son exploitation commerciale, on comprendra sans peine que le liquidateur ne saurait être astreint à lui prêter une assistance perpétuelle, à concourir personnellement à chacune des opérations qu'il pourrait accomplir. La force des choses exige donc que le liquidateur *assiste* le débiteur qui demande l'autorisation de continuer d'exploiter, puis, qu'il le *surveille* d'une manière attentive dans cette exploitation².

Quelle va être la situation des créanciers nouveaux du commerçant laissé à la tête de ses affaires?

Les tiers, qui auront valablement passé des traités avec le débiteur sur la foi de l'autorisation de continuer le commerce, deviendront, comme en matière de faillite, créanciers *de* la masse et non pas *dans* la masse, c'est-à-dire qu'ils seront désintéressés par préférence à la masse sur les biens actuels du liquidé. Ainsi le veut la possibilité d'exploiter jointe à l'équité ; en effet, si les nouveaux créanciers devaient s'attendre à être traités comme ceux qui étaient créanciers lors du jugement de liquidation, le liquidé manquerait de crédit, et par ailleurs il est naturel que la masse, dont la situation se

¹ Rataud, à son cours.

² Lyon-Caen, *Manuel*, p. 917, note 1 et p. 918 ; Bailly, p. 15 ; Lecomte, n° 450 ; Defresnois, *Jurisprudence et Pratique notariale*, p. 260 ; Fremont et Camberlin, t. I, n° 173.

trouve améliorée par la confiance qu'ont eue les tiers dans le liquidé, ne recueille le bénéfice des opérations que sous la déduction des charges qui les grèvent¹. Mais les créanciers, qui auraient accordé leur confiance au débiteur non régulièrement autorisé à continuer son industrie, seraient, au contraire, payés sur ses seuls biens à venir : comme le patrimoine actuellement existant est le gage exclusif de la masse, ils ne pourraient y prétendre que lorsque celle-ci aurait été désintéressée.

La cessation du commerce peut être provoquée par les liquidateurs et par les créanciers eux-mêmes, lesquels s'adresseront à cet effet au tribunal de commerce, aucun délai n'étant fixé pour se pourvoir contre l'ordonnance du juge-commissaire par l'article 6, alinéa 4, de la Loi de 1889.

D. — *Exercice des actions en justice.*

En thèse générale, le liquidé et le liquidateur intentent ou suivent conjointement toute action mobilière ou im-

¹ Lyon-Caen, *Manuel*, p. 947, n° 1197^u, et *Précis*, t. II, n° 2879. A supposer le cas très improbable du reste où les biens de la liquidation ne suffiraient pas à désintéresser les nouveaux créanciers, le liquidé, par le seul fait qu'il ne cesse pas d'agir, est-il tenu personnellement ? Non, parce qu'il s'oblige beaucoup moins dans son intérêt, et par suite en son nom propre, que comme représentant de la liquidation. Ce qui le prouve, c'est que, d'autre part et en dehors de ce qu'exigent les besoins de la liquidation, le commerçant ne peut ni contracter aucune dette, ni aliéner, et les actes de cette nature qu'il accomplirait resteraient étrangers à la masse (L. 1889, art. 5 *in fine*). Sic Laurin, 2^e appendice, p. 24.

mobilière et toute voie d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles : saisies - exécutions, saisies-arrêts, saisies immobilières, etc... (L. 1889, art. 6, al. 1. — Cf. C. comm., art. 443, al. 2 et 3); et ils sont dans la nécessité de prendre préalablement l'avis des contrôleurs (L. 1889, art. 10, al. 2).

Au refus du liquidé de *suivre* une action ou de procéder à une voie d'exécution, le liquidateur peut agir en vertu de sa seule volonté, avec l'autorisation du juge-commissaire et après avis des contrôleurs (art. 6, al. 1, 2^e phr.).

Au refus du liquidé d'*intenter* une action, le liquidateur n'a besoin pour agir d'aucune autorisation; mais il est obligé, toujours les contrôleurs entendus, de mettre le débiteur en cause (art. 6, al. 1 *in fine*)¹. Par voie de conséquence, le liquidateur, ayant le droit d'INTENTER seul une action, PEUT former seul opposition à un jugement par défaut, seul aussi interjeter appel ou se pourvoir en Cassation.

¹ Et s'il n'existe pas de contrôleurs? Eh bien! le liquidateur s'en passera; car après tout la nomination des contrôleurs est facultative (*supra*, p. 278) et l'avis qu'ils donnent n'oblige pas celui qui le prend (*supra*, p. 281). Contra Goirand (pp. 180 et 181), lequel, malgré le silence de la loi, estime que le liquidateur, pour agir en justice, devra provoquer une nouvelle assemblée des créanciers en vue de procéder à la nomination des contrôleurs. A la vérité, l'auteur reconnaît que « cette solution peut offrir de sérieux inconvénients pratiques; les lenteurs et les frais occasionnés pouvant être quelquefois supérieurs à la valeur de l'intérêt à engager dans l'instance. »

E. — *Actes de désistement, de renonciation ou d'acquiescement.*

Les actes de désistement, de renonciation ou d'acquiescement n'ont pas été prévus par le législateur de 1838 ; on permit cependant au syndic de se désister, de renoncer ou d'acquiescer sous sa responsabilité. L'une des innovations du législateur de 1889 est précisément d'avoir prévu ces divers pouvoirs ; toutefois, l'innovation reste spéciale au régime de la liquidation judiciaire.

Ainsi donc, la règle est absolue. Le liquidé peut accomplir des actes de désistement, de renonciation ou d'acquiescement ; et la faculté qui lui est reconnue s'applique à tous droits quelconques, actions, revendications, recours, etc..., quelle que soit la matière du litige et quelle qu'en soit l'importance.

Les créanciers n'ont pas la liberté d'intervenir, car aucune homologation n'est prescrite.

Mais, comme l'abandon d'un droit ou d'une instance, — la renonciation en matière d'obligations, de preuves, de prescription ou de compétence, peu importe, — l'acquiescement à un jugement, c'est-à-dire la renonciation à l'exercice des voies de recours, comportent en eux-mêmes une aliénation particulière dont le résultat est de diminuer l'actif de la liquidation, le législateur, soucieux des intérêts de la masse, a imposé au liquidé une triple condition : l'assistance de son liquidateur, l'avis des contrôleurs et l'autorisation du juge-

commissaire (art. 7, al. 1) ; autrement, l'acte accompli ne serait pas opposable aux créanciers¹.

Le refus du liquidé empêcherait ces différents actes (art. 6 et 7 cbn)².

F. — *Transaction.*

La transaction, ce contrat « *par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* » (C. civ., art. 2044), devait être laissée à la disposition du liquidé pour éviter les lenteurs et les frais traditionnels des procès.

Le liquidé peut donc transiger sur toute espèce de droits litigieux. Mais, comme la transaction est un acte grave, elle est soumise à certaines conditions d'après la distinction suivante :

Si la transaction roule sur un litige d'une valeur déterminée ou n'excédant pas 1,500 francs, le débiteur peut l'accomplir après l'avis des contrôleurs s'il en existe, avec l'assistance de son liquidateur et l'autorisation du juge-commissaire (art. 7, al. 1 et 2, 1^{re} phr.).

L'objet de la transaction est-il au contraire d'une valeur indéterminée ou excédant 1,500 francs, la tran-

¹ A ce propos, nous relèverons un défaut de logique dans la loi ; en effet, tandis que pour un acquiescement l'avis du juge-commissaire est toujours demandé, le liquidé qui veut introduire une action en justice n'a besoin que de l'assistance de son liquidateur, et l'autorisation du juge-commissaire n'intervient que pour couvrir le liquidateur au cas où il voudrait agir malgré le liquidé (*supra*, pp. 322 et 323).

² *Supra*, pp. 251 et 252.

saction est bien encore soumise aux conditions précédentes, mais de plus elle n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée sur la requête du liquidateur (art. 7, al. 2, 2^e phr.).

Nous avons à noter ici une première différence avec le Code de commerce dont l'article 487, alinéa 2, porte : « Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou qui excède TROIS CENTS FRANCS, la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée... » Il suit de là que les transactions ont été facilitées en matière de liquidation judiciaire, puisqu'elles n'exigent l'homologation du tribunal qu'au-dessus de 1,500 francs. La seule explication qu'on puisse donner est que le chiffre de 1,500 francs a semblé plus en rapport avec la valeur actuelle de l'argent¹.

Le législateur de 1889 a-t-il encore innové sur le point de savoir qui homologuera la transaction ?

D'après le projet voté par la Chambre des députés, l'homologation, quand elle se trouvait nécessaire, devait toujours être accordée par le tribunal de commerce, « qu'il s'agisse de droits mobiliers ou de droits immobiliers². » On alléguait pour prétexte que les juges consulaires, sans entrer dans l'examen du fond de la chose, n'auraient qu'à trancher la question purement de fait de

¹ V^o Rapport Laroze (n^o 1842) annexé à la séance du 16 juin 1887, p. 65. — La chose est très possible ; mais il n'en est pas moins vrai que, dans l'espèce, la différence établie par le législateur de 1889 entre la liquidation judiciaire et la faillite n'a en soi aucune raison d'être.

² V^o Rapport Laroze (n^o 1842) annexé à la séance du 16 juin 1887, p. 65.

savoir si oui ou non la transaction était utile à la masse, c'est-à-dire si elle mettait une valeur appréciable dans la caisse de la liquidation. C'était là modifier gravement les règles constitutives de la compétence du tribunal de commerce, établies par l'article 487 du Code de commerce.

L'innovation ne fut pas ratifiée par le Sénat, qui maintint avec raison la possibilité de la compétence civile (L. 1889, art. 7, al. 2 *in fine*) ; car il semble assez difficile d'apprécier l'utilité d'une transaction sans toucher à l'examen de la nature des droits contestés. Malheureusement son rapporteur, s'attachant par trop à la lettre de l'article 487, se laissa aller à une interprétation tout à fait inexacte ; il pensa que l'homologation devait toujours émaner du tribunal civil quand la transaction avait pour objet des droits immobiliers, et du tribunal de commerce lorsqu'elle portait sur des droits mobiliers¹.

Or, la lecture de l'article 487 doit conduire à cette conclusion que le législateur a simplement statué *de eo quod plerumque fit*. La règle, la voici : « Qu'il s'agisse de droits mobiliers ou immobiliers, l'homologation doit émaner du tribunal qui aurait été compétent pour connaître du litige à défaut de transaction. » Il est certain que, d'ordinaire, les tribunaux de commerce connaîtront des transactions relatives à des droits mobiliers ; mais ils statueront parfois sur des transactions relatives à des droits immobiliers. Par exemple, l'action en

¹ V^o Rapport Demôle (n^o 170) annexé au procès-verbal de la séance du 21 décembre 1888, p. 7.

nullité d'une vente ou d'une donation d'immeubles, lorsqu'elle est fondée sur les articles 446 et suivants du Code de commerce, est de la compétence du tribunal de commerce : dès lors, si l'on veut transiger, c'est le tribunal de commerce qui devra donner l'homologation. A l'inverse, le tribunal civil homologuera les transactions relatives à une succession mobilière échue au liquidé ¹.

Une question embarrassante eût été celle de savoir comment déterminer la valeur des immeubles formant l'objet de la transaction, si le législateur de 1889 n'avait pris soin de la résoudre en disant que « *l'article 1^{er} de la loi du 11 avril 1838 sur les tribunaux civils de première instance est applicable à la détermination de la valeur des immeubles sur lesquels a porté la transaction* » (art. 7, al. 3, 1^{re} phr.). Cet article est ainsi conçu : « *Les tribunaux civils de première instance connaîtront, en dernier ressort,..... des actions immobilières jusqu'à soixante francs de revenu, déterminé, soit en rentes, soit par prix de bail. — Ces actions seront instruites et jugées comme matières sommaires.* »

Telles sont les conditions imposées au liquidé pour conclure une transaction.

Cela suppose que le liquidé ne demande pas mieux que de transiger ; s'il en était autrement, toute transaction serait impossible (L. 1889, art. 6 et 7 cbn) ², à la différence du *veto* du failli qui empêche la transaction

¹ Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2845. Nous observerons que c'est, non pas l'article 487, mais l'article 535 du Code de commerce qui est applicable en cas d'union.

² *Supra*, pp. 251 et 252.

seulement dans l'hypothèse où elle a pour objet des biens immobiliers (C. comm., art. 487, al. 3 *in fine*).

Cela suppose également l'absence d'opposition de la part des créanciers ; en effet, contrairement à ce qui se passe en matière de faillite, tout créancier du liquidé peut intervenir sur la demande en homologation de la transaction (L. 1889, art. 7, al. 3 *in fine*) ; et, comme le liquidateur, à la différence du syndic, ne représente pas la masse, le créancier qui ne sera pas intervenu conservera cependant la faculté d'attaquer le jugement d'homologation par la voie de la tierce opposition¹.

G. — Vente.

Durant la période préparatoire aux issues de la liquidation judiciaire, il importe de garder aussi intact que possible le patrimoine du liquidé ; car, dans l'esprit du législateur, la liquidation doit normalement aboutir à un concordat.

¹ *Supra*, p. 303. V^o Rapport général de M. Laroze au nom de la Commission de 1886, n^o 1842, annexes 1887, p. 66. — Il se peut que l'intervention sur l'homologation se produise avant la vérification prescrite par l'article 12 et que la qualité du créancier intervenant soit contestée par le débiteur ou par le liquidateur. Dans ce cas, nous ne croyons pas que, s'il y a urgence, le Tribunal doive nécessairement surseoir à l'homologation jusqu'à ce que ce créancier ait été régulièrement admis ; il statuera en donnant acte au débiteur ou au liquidateur de ses réserves. Et si plus tard l'intervenant n'est pas reconnu créancier, il deviendra passible de dommages-intérêts et des frais de son intervention, que le Tribunal aura réservée en maintenant l'affaire au rôle jusqu'au moment de la vérification.

C'est pourquoi le liquidé n'est autorisé à vendre ses meubles que dans des hypothèses exceptionnelles, comme au cas d'objets mobiliers sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver. Il est par exemple très certain, que la vente de marchandises soumises par leur nature au caprice de la mode constitue une sage mesure d'administration. De telles ventes seront donc régulièrement faites par le liquidé avec l'assistance de son liquidateur et *sans l'autorisation du juge-commissaire* que le syndic doit pourtant obtenir en pareil cas (C. comm., art. 470); au refus du liquidé, elles seront opérées par le liquidateur seul, avec l'autorisation du juge-commissaire (L. 1889, art. 6, al. 1)¹. — Et cependant, durant la période qui prépare l'une ou l'autre issue de la faillite, le syndic est libre de faire vendre les effets mobiliers ou marchandises du failli autres que ceux dont il est parlé dans l'article 6, alinéa 1, de la Loi de 1889, pourvu qu'il ait obtenu

¹ *Supra*, p. 250. Nous remarquerons que, sous le régime de la liquidation judiciaire, l'urgence d'une vente en détail et aux enchères de marchandises *neuves*, avant l'épreuve du concordat, ne nécessiterait pas l'autorisation spéciale du tribunal de commerce qui est exigée par la Loi du 25 juin 1841; car la vente après liquidation judiciaire bénéficie de l'exception apportée par la loi de 1841 aux ventes *après faillite* (L. 1889, art. 24). — En cas de désaccord entre le liquidé et le liquidateur sur le choix de l'officier public qui doit procéder à la vente aux enchères des objets sujets à dépérissement ou dispendieux à conserver, nous croyons que c'est l'avis du liquidé qui doit prévaloir, car c'est lui qui joue le rôle principal, le liquidateur n'étant là que pour l'assister (Sic Dutruc, p. 152; Coulon, p. 162; Rivière, n° 128. Contra Max, Lecomte, n° 452, p. 79).

l'autorisation du juge-commissaire, le failli entendu ou dûment appelé (C. comm., art. 486).

Quant aux immeubles, nulle part la nouvelle loi ne concède au liquidé le droit de les vendre durant la période préparatoire. Les syndics, au contraire, ont le pouvoir de faire vendre même les immeubles du failli, s'il est nécessaire de trouver des fonds pour permettre à la procédure de suivre son cours; mais, dans l'espèce, ils doivent être munis du consentement du failli, de l'autorisation du juge-commissaire et de celle du tribunal de commerce¹. Malgré le silence du législateur de 1889, nous pensons que, en cas de *nécessité absolue*, des immeubles seraient de même valablement vendus pendant la période préparatoire avec le consentement du liquidé, après autorisation du juge-commissaire, après autorisation du tribunal de commerce et moyennant l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 572 et 573 du Code de commerce pour les ventes d'immeubles après l'union².

Toutefois, l'opposition du liquidé empêcherait, non

¹ Sic Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2853. Adde Cass., 13 janv. 1869 (S., 69, 1, 152; D., 71, 5, 491); Cass., 4 juin 1889 (*J. des Faill.*, 1889, p. 319); Paris, 28 janv. 1890 (*Ibid.*, 1890, p. 131 et *Gaz. Pal.*, 90, 1, 375).

² Sic Trib. civ. de Bar-le-Duc, 26 mars 1890 (*J. Faill.*, 1890, p. 179); Trib. civ. de Mirecourt, 17 nov. 1892 (*J. Faill.*, 1893, pp. 185 et suiv.). Adde Rivière, n° 130. — Contra, par argument de l'article 5 qui interdit au liquidé judiciairement toute aliénation, sauf dans certains cas limitativement déterminés par l'article 6, Bailly, p. 12; Fremont et Camberlin, t. I, n° 162; Dalloz, *Suppl. au Répert.*, v° cit., n° 105,

seulement la vente des meubles autres que ceux dont il est parlé dans l'article 6, alinéa 1, de la Loi de 1889, mais encore celle des immeubles; en effet, si l'opposition du failli suffit pour mettre obstacle à la *transaction* ayant pour objet des biens immobiliers (C. comm., art. 487 *in fine*), à plus forte raison en est-il de même relativement à la *vente* d'immeubles (L. 1889, art. 24) ¹.

H. — *Secours au liquidé.*

Sur l'actif de la liquidation des secours alimentaires peuvent être accordés au liquidé, pour lui et sa famille.

A cet effet, sur la proposition du liquidateur, semble-t-il, le juge-commissaire fixe, sauf appel devant le tribunal de commerce, le montant des secours qu'il est convenable d'allouer au liquidé (C. comm., art. 474, et L. 1889, art. 24) ².

Ces secours ne sont délivrés qu'à titre d'aliments; aussi le juge-commissaire doit-il les arbitrer strictement suivant les besoins réels du liquidé et de sa famille, et en tenant compte des ressources de la liquidation.

L'article 474 du Code de commerce, relatif aux secours octroyés aux faillis, et par analogie aux liqui-

¹ *Supra*, pp. 251 et 252.

² V^o paroles du rapporteur à la Chambre dans la séance du 18 octobre 1888 sur la discussion du paragraphe 4 de l'article 10 de la loi.

dés, ne rencontre d'application que dans les sociétés de personnes ; nous pensons qu'il ne doit pas être étendu aux sociétés de capitaux, car on ne saurait permettre aux syndics ou aux liquidateurs de proposer des secours pour des administrateurs au préjudice des associés¹.

SECTION II

DES MESURES CONCERNANT LE PASSIF

La période préparatoire comprend la procédure de vérification et d'affirmation des créances, dont le but est de fixer le chiffre du passif et ceux des créanciers qui seront appelés à prendre part à l'assemblée du concordat.

Malgré tout le désir du législateur de remédier aux lenteurs de la Loi de 1838, des réunions de créanciers étaient inévitables pour préparer la solution de la liquidation.

Nous diviserons cette deuxième section en sous-sections relatives aux trois réunions de créanciers que la loi prescrit nécessairement avant de provoquer la réunion définitive du concordat.

¹ Dès que les créanciers se trouvent en état d'union, ce n'est plus l'article 474 du Code de commerce, mais bien l'article 530 qui doit être appliqué ; ils n'auraient pas davantage le droit d'accorder des secours alimentaires aux administrateurs au détriment des associés.

SOUS-SECTION PREMIÈRE

PREMIÈRE RÉUNION DES CRÉANCIERS

Cette première réunion des créanciers correspond à celle qu'on a dénommée en matière de faillite : « *l'Assemblée du syndicat* » ; mais elle est autrement plus importante, car on ne s'y préoccupe pas seulement de rectifier l'état des créanciers présumés et d'émettre un avis sur le maintien du liquidateur provisoire (C. comm., art. 462), on présente en outre, d'une manière officielle, et on examine sérieusement la situation du débiteur. La loi a voulu de la sorte provoquer une intervention plus active des créanciers dès le début des opérations de la liquidation judiciaire.

Trois points méritent de fixer l'attention : la convocation des créanciers, l'objet et le procès-verbal de leur réunion.

§ 1^{er}. — Convocation des créanciers.

« Dans les trois jours du jugement, le greffier informe les créanciers, par lettres et par insertions dans les journaux, de l'ouverture de la liquidation judiciaire et les convoque à se réunir, dans un délai qui ne peut excéder quinze jours, dans une des salles du tribunal, pour examiner la situation du débiteur. Le jour de la réunion est fixé par le juge-commissaire » (L. 1889, art. 9, al. 1).

C'est « *dans les trois jours* » du jugement qui a prononcé la liquidation judiciaire que les créanciers doivent être avertis de son ouverture et convoqués à une première réunion, tandis que le Code, sous une forme moins précise, renferme que « le juge-commissaire convoquera *immédiatement* les créanciers présumés à se réunir... » (art. 462, al. 2).

La convocation que doit adresser le greffier du tribunal de commerce se fait sous une double forme : « *par lettres et par insertions dans les journaux.* » Ces deux modes d'avertissement sont exigés à la fois, un seul ne suffirait pas.

Les lettres individuelles sont envoyées aux créanciers connus d'après la liste annexée à la requête que présente le débiteur pour obtenir le bénéfice de la liquidation judiciaire.

Quant à la voie de la presse, la Chambre résista longtemps à l'adoption d'un système de publicité qui lui paraissait très fâcheux ; mais enfin le Sénat obtint gain de cause pour le plus grand bien des créanciers actuellement encore inconnus. Bien plus, par cette expression : « *insertions dans les journaux* », on ne saurait entendre la publicité réglée par l'article 442 du Code de commerce, par analogie avec le mode de publicité qui est prescrit pour les jugements déclaratifs de liquidation judiciaire¹. Le juge-commissaire est libre de convoquer les créanciers par des insertions, non seulement dans l'un des journaux de la localité où le

¹ *Supra*, p. 132. Contra Goirand, p. 134.

débiteur possède des établissements commerciaux, mais encore dans tous les journaux quelconques, tant du département que de la France, qu'il lui plaira de désigner¹.

La première assemblée doit se tenir dans un délai fort rapproché : ce délai ne peut excéder quinze jours à compter de la date des convocations adressées par le greffier.

La date de la réunion est fixée par le juge-commissaire, sans qu'il y ait lieu bien entendu à requête ni à ordonnance.

§ 2. — Objet de la réunion.

Au jour arrêté, l'assemblée se tient sous la présidence du juge-commissaire, dans une des salles du tribunal, dans celle qui est affectée aux réunions de créanciers, et son attention est appelée sur les trois points suivants : situation du débiteur, nomination des liquidateurs définitifs, et utilité de l'élection de contrôleurs.

A. — Situation du débiteur.

« Au jour indiqué, le débiteur, assisté des liquidateurs provisoires, présente un état de situation qu'il signe et certifie sincère et véritable et qui contient l'énumération et l'évaluation de tous ses biens mobiliers et immobiliers, le

¹ V^o paroles du rapporteur à la Chambre des Députés, dans la séance du 20 octobre 1888 :

montant des dettes actives et passives, le tableau des profits et pertes et celui des dépenses » (art. 9, al. 2)¹.

L'état de situation que doit présenter à ses créanciers le débiteur assisté des liquidateurs provisoires, tel est bien l'objet principal de cette première réunion.

C'est, sous un autre nom, le bilan même qui accompagne la requête introductive de l'instance en liquidation judiciaire; la preuve en est que l'un et l'autre contiennent exactement les mêmes éléments (L. 1889, art. 2, al. 2; art. 9, al. 2, et C. comm., art. 439, 2^e phr. chn.)². Néanmoins, les deux pièces ne font pas double emploi; car la tolérance, en vertu de laquelle les tribunaux de commerce admettent, en matière de faillite, un bilan embryonnaire, s'étend à la liquidation judiciaire, et ainsi l'état de situation devient le complément du bilan de la première heure, une sorte de bilan définitif³.

La production de l'état de situation, rédigé, daté, signé et certifié sincère et véritable conformément aux prescriptions de la loi, est indispensable, puisqu'il doit être vérifié séance tenante par les contrôleurs (art. 10,

¹ Le débiteur, devant être présent à la séance, ne pourra donc se faire représenter par un fondé de pouvoirs, que dans le cas où il y serait autorisé par une ordonnance du juge-commissaire rendue sur requête motivée; la procuration devra être enregistrée et annexée au procès-verbal.

² *Supra*, pp. 129 et 130. Il est à remarquer en effet que le législateur de 1889, voulant déterminer les différents chapitres de l'état de situation du liquidé (art. 9, al. 2), s'est servi des mêmes termes que le législateur de 1838 en ce qui concerne le bilan du failli (C. comm., art. 439).

³ *Supra*, p. 130.

al. 1). Les créanciers sont admis à présenter leurs observations (arg. art. 9, al. 5), et les liquidateurs provisoires fournissent les explications qu'ils ont pu recueillir par l'examen des livres du débiteur ¹.

L'état de situation, comme le bilan du reste, est l'œuvre du liquidé ; par conséquent, il ne saurait créer aucun titre en sa faveur et les énonciations qu'il renferme ne lient pas les tiers. Ces énonciations pourraient, au contraire, lui être opposées comme un aveu des dettes qu'il reconnaît, à moins donc qu'il ne vienne à prouver une erreur de sa part sur l'existence des créances ou encore la simple intention qu'il aurait eue d'émettre les prétentions élevées par des tiers tout en se réservant le droit de les contester ultérieurement ².

Après l'assemblée des créanciers, l'état de situation une fois enregistré, doit être déposé au greffe.

B. — *Nomination des liquidateurs définitifs.*

« *Les créanciers donnent leur avis sur la nomination des liquidateurs définitifs* » (art. 9, al. 3, 1^{re} phr.).

C'est un simple avis qui est demandé aux créanciers ; il en résulte que le choix du ou des liquidateurs définitifs est laissé à l'appréciation souveraine du tribunal qui, après avoir entendu le rapport du juge-commissaire, peut passer outre à l'avis exprimé et nommer de

¹ V^o rapport général de la Commission parlementaire de 1886 (p. 69) à la Chambre des Députés.

² Goirand, pp. 137 et 138.

nouveaux liquidateurs, ou transformer les premiers en liquidateurs définitifs (art. 9, al. 6)¹.

C. — *Utilité de l'élection de contrôleurs.*

« Ils (les créanciers) sont consultés par le juge-commissaire sur l'utilité d'élire immédiatement parmi eux un ou deux contrôleurs » (art. 9, al. 3, 2^e phr.)².

§ 3. — *Procès-verbal de la réunion.*

Enfin « il est dressé de cette réunion et des dires et observations des créanciers un procès-verbal portant fixation par le juge-commissaire, dans un délai (maximum) de quinzaine, de la date de la première assemblée de vérification des créances.

« Ce procès-verbal est signé par le juge-commissaire et par le greffier. Sur le vu de cette pièce et le rapport du juge-commissaire, le tribunal nomme des liquidateurs définitifs » (art. 9, al. 5 et 6).

¹ *Supra*, p. 263. La rédaction primitivement adoptée par la Chambre portait : « Les créanciers désignent..... » La rédaction définitive : « Les créanciers donnent leur avis..... » a prévalu au Sénat et ultérieurement à la Chambre.

² Voir les développements que comporte ce texte à propos de la nomination facultative des contrôleurs (*supra*, pp. 277-279).

SOUS-SECTION II

DEUXIÈME RÉUNION DES CRÉANCIERS

dite

« PREMIÈRE ASSEMBLÉE DE VÉRIFICATION »

La procédure de vérification des créances conduit à la connaissance de la réalité et de la sincérité du passif, et ainsi elle opère la sélection des personnes qui pourront prendre part aux délibérations du concordat.

Mais cet examen des créances, au double point de vue des relations de bonne foi entre débiteur et créancier et de la validité du titre tant au fond que dans la forme, suppose évidemment que les intéressés se sont fait connaître.

C'est pourquoi nous étudierons d'abord la production des titres, puis ce qui a trait à la première assemblée de vérification.

§ 1^{er}. — De la Production des titres.

La production des titres nous amène à parler de leur dépôt et de la responsabilité qui pèse sur les dépositaires.

Toutes les dispositions édictées en cette matière par la Loi de 1889 (art. 11) reçoivent application en cas de faillite (art. 20, al. 1).

A. — *Dépôt des titres.*

En vue de la procédure de vérification, les créanciers du liquidé ou bien, s'il s'agit d'une société déclarée en état de liquidation judiciaire, les créanciers sociaux ainsi que les créanciers personnels des associés solidaires peuvent remettre leurs titres, soit au greffe du tribunal de commerce, soit entre les mains des liquidateurs, aussitôt après le jugement d'ouverture de la liquidation (art. 11, al. 1, 1^{re} phr.)¹.

Le dépôt que doit effectuer chaque créancier comprend deux choses : d'abord le titre de sa créance, c'est-à-dire, soit l'acte authentique ou sous seing privé, soit le jugement, soit un extrait de livres de commerce, soit des lettres échangées entre le débiteur et le créancier, etc. ; puis un bordereau, sur papier timbré², énonçant ses nom, prénoms, profession et domicile, le montant en capital et intérêts et les causes de sa créance, « *les privilèges, hypothèques ou gages qui y sont affectés* » (art. 11, al. 1, 2^e phr.)³. La production du bordereau

¹ Simple conseil : les créanciers feront bien de déposer leurs titres chez le liquidateur plutôt qu'au greffe, parce que le greffe perçoit un droit.

² Arg. Trib. comm. Seine, 29 févr. 1884 (*Gaz. Pal.*, 84, 1, supp. 67). En effet, l'article 40 de la Loi du 26 janv. 1892 sur les frais de justice ne comprend pas dans son énumération limitative les bordereaux de production. Le coût du timbre est à la charge du créancier (Décision du ministre des finances du 28 juin 1808).

³ On voit par là que la loi nouvelle développe plus que ne le fait le Code de commerce (art. 491) la nomenclature des éléments que doit contenir le bordereau : nous en ferons connaître le motif tout à l'heure (*Infra*, p. 350).

seul serait cependant suffisante au cas où le créancier ne posséderait aucun titre écrit ; il lui incomberait simplement d'établir ses prétentions par les moyens de preuve que la loi met à sa disposition.

L'utilité du bordereau est incontestable ; sans lui les titres demeureraient insuffisants pour faire connaître d'une manière précise le chiffre de la créance. Car le créancier peut avoir reçu des acomptes, ce qui diminue son droit ; il peut au contraire avoir des frais ou des intérêts à réclamer, ce qui l'augmente d'autant plus. Le bordereau constitue donc la pièce qui indique le décompte exact des sommes dues.

La remise des titres n'est astreinte à aucune forme spéciale (art. 11, al. 2) ; en conséquence, les créanciers sont libres de l'effectuer en personne ou par fondés de pouvoirs.

« *Le greffier tient état des titres et bordereaux qui lui sont remis et en donne récépissé* » (art. 11, al. 3, 1^{re} phr.).

Est-ce à dire que les liquidateurs soient dispensés de la délivrance du récépissé ? Nullement ; sinon, dépourvu de pièce justificative, le demandeur en responsabilité se trouverait en fait à peu près dans l'impossibilité d'établir le bien fondé de son action¹.

B. — Responsabilité des dépositaires.

Le greffier et les liquidateurs (par extension les syndics) demeurent responsables des titres déposés entre

Goirand, pp. 93 et 94.

leurs mains, le premier durant *cinq années* à partir du jour de l'ouverture du procès-verbal de vérification; les seconds, pendant *dix ans* à compter du jour de la reddition de leurs comptes (art. 11, al. 3, 2^e phr., et al. 4)¹.

Le Code de commerce (art. 491, al. 2) avait déjà réduit dans la même proportion la durée de la responsabilité des greffiers; la Loi de 1889, en venant limiter cette responsabilité spéciale des liquidateurs, a créé une dérogation à la règle d'après laquelle toutes les actions, tant réelles que personnelles, et par conséquent l'action générale en responsabilité contre les liquidateurs, se prescrivent par trente ans (C. civ., art. 2262).

La différence dans la durée de l'une et l'autre responsabilité repose sur une double analogie : en fixant le délai de dix ans pour les liquidateurs, le législateur a voulu mettre la prescription en harmonie avec l'obligation imposée aux commerçants de conserver pendant dix ans leurs livres de commerce (C. comm., art. 11), car il importe que le commerçant puisse réclamer au liquidateur les livres qu'il lui a remis, durant le même laps de temps qu'il se trouve tenu lui-même de les reproduire; au contraire, comme le greffier est revêtu

¹ Au cas particulier de remise de titres aux mains des liquidateurs, ceux-ci doivent être regardés comme responsables, du moins en thèse générale, personnellement et non pas solidairement; en telle sorte que le créancier n'a d'action que contre celui des liquidateurs à qui il a fait la remise. Cette solution résulte de la combinaison des articles 465 *in fine* et 492 du Code de commerce avec l'article 24 de la Loi de 1889, et aussi des paroles de M. Demôle en réponse à une question de M. Bozérien (Sénat, séance du 11 janv. 1889),

d'un caractère officiel, on a laissé sa responsabilité limitée à un délai de cinq ans par analogie avec la prescription quinquennale établie au profit des juges et avoués (C. civ., art. 2276)¹.

§ 2. — De la première assemblée de vérification.

La vérification et l'affirmation des créances ont lieu en assemblée générale des créanciers.

Nous nous demanderons de quelle manière sont convoqués les créanciers, quelles créances doivent être vérifiées et affirmées, enfin quelles sont les formalités que comporte la procédure de vérification et d'affirmation.

A. — Convocation des créanciers.

Le jour même de la réunion initiale dans laquelle les créanciers ont pris connaissance de l'état de situation du liquidé, ou *le lendemain au plus tard*, le greffier con-

¹ Chaque analogie prise en soi peut être naturelle ; néanmoins nous avouons que la différence, établie pour un même fait (la réception de titres en dépôt) entre la responsabilité des liquidateurs et celle du greffier, nous paraît tout ce qu'il y a de plus illogique. La vérité, la voici : le législateur a d'abord copié l'article 491 du Code de commerce en ce qui concerne le greffier (L. 1889, art. 11, al. 3), puis il a déterminé la responsabilité des liquidateurs (L. 1889, art. 11, al. 4), d'après une certaine analogie qui lui a été suggérée au cours des débats (V^o paroles de M. Léon Renault, au Sénat, dans la séance du 11 janvier 1889), et il ne lui est pas venu la pensée de faire concorder les délais ainsi que les points de départ des délais de l'une et de l'autre responsabilité,

voque, en vue de la première assemblée de vérification, par lettres, les créanciers révélés, et par insertions dans tous les journaux que sera d'avis de désigner le juge-commissaire, les créanciers restés inconnus. En outre, les lettres individuelles et les insertions dans les journaux portent que ceux qui n'ont pas encore remis leurs titres et bordereaux doivent les déposer, soit au greffe, soit aux mains des liquidateurs, dans le délai fixé pour la première assemblée de vérification (art. 12, al. 1, 1^{re} et 2^e phr. ; art. 9 et 11 chn.).

La première assemblée de vérification a lieu *obligatoirement* dans la quinzaine de la première réunion des créanciers, au jour fixé par le juge-commissaire dans le procès-verbal de cette réunion (art. 9, al. 5).

Ainsi donc se trouvent confondues, dans une même formalité et dans un même délai, la convocation de la première assemblée de vérification ¹ et l'invitation aux créanciers de présenter leurs titres, s'ils n'en ont pas fait déjà remise ².

Désireux de remédier aux lenteurs toujours préjudiciables de la procédure, les auteurs de la Loi de 1889 ont voulu que le délai de quinzaine, accordé pour produire, ne soit pas augmenté à raison des distances pour les créanciers domiciliés en France hors du lieu où siège le tribunal qui a déclaré la liquidation ³. Ce délai

¹ Cf. C. comm., art. 493, al. 1 *in fine*.

² Cf. C. comm., art. 492, al. 1, d'après lequel le délai pour produire est en principe de vingt jours à partir de l'insertion des avertissements.

³ Cf. C. comm., art. 492, al. 2, d'après lequel le délai de vingt jours est augmenté d'un jour par cinq myriamètres de distance entre le lieu où siège le tribunal et le domicile du créancier.

n'est pas même augmenté de plein droit pour les créanciers *domiciliés hors du territoire continental de la France* (pays étrangers ou colonies); mais il « *peut être augmenté par ordonnance du juge-commissaire* », ce qui implique pour celui-ci une simple faculté et un pouvoir souverain d'appréciation (art. 12, al. 1, 3^e phr.)¹.

B. — *Des créanciers soumis à la procédure de vérification et d'affirmation.*

D'après la théorie généralement reçue, il faut distinguer, aussi bien au cas de liquidation judiciaire qu'en matière de faillite, deux catégories de créanciers : les créanciers *de la masse* et les créanciers *dans la masse*. Les créanciers *de la masse* n'ont pas à remplir les formalités de vérification ni celles d'affirmation; tous ceux au contraire qui composent la masse *chirographaire* y sont incontestablement tenus².

Il est non moins certain que les créanciers *privilégiés* ou *hypothécaires*, en cas d'insuffisance de leur garantie, ne peuvent concourir sur la masse chirographaire qu'autant qu'ils ont fait vérifier leurs créances (C. comm., art. 552 et 553; L. 1889, art. 24).

¹ D'après Goirand (p. 115), le juge-commissaire devrait, pour ces délais supplémentaires, suivre les règles générales posées, en ce qui concerne les délais d'assignation, dans l'article 73 du Code de procédure civile (C. comm., art. 492, al. 3); le laps de temps accordé pourrait ainsi s'élever à un, à deux, à cinq, à huit mois, et même il serait doublé pour les pays d'outre-mer en cas de guerre maritime. La loi nouvelle est muette sur ce point

² Paris, 14 déc. 1888 (*Gaz. Pal.*, 89, 1, 281).

Mais faut-il aller jusqu'à dire qu'ils soient *tenus* de se soumettre à la vérification avant de poursuivre l'expropriation des immeubles affectés à leurs créances, c'est-à-dire qu'ils ne puissent, sans avoir été préalablement vérifiés, se faire payer par préférence sur le prix des biens qui leur servent de sûretés et en poursuivre la vente ?

La solution varie, croyons-nous, suivant que l'on se place avant ou après la loi sur la liquidation judiciaire.

Certains auteurs des plus distingués soutenaient que les créanciers hypothécaires ou privilégiés doivent, aussi bien que les créanciers chirographaires, se soumettre à la vérification et à l'affirmation de leurs créances, même s'ils ne prennent pas part à la distribution de deniers chirographaires ; d'après eux, toutes les créances sans exception se trouvaient donc soumises à la vérification. En effet, disaient-ils, les créanciers hypothécaires ou privilégiés ont à cela tout avantage, puisque, d'après une doctrine consacrée par la Cour de cassation, une admission *suivie d'affirmation* les met à l'abri de toute contestation ultérieure, soit quant à l'existence de leur créance, soit quant à sa nature de créance hypothécaire ou privilégiée¹ ; — et puis, la vérification n'est pas moins nécessaire dans l'espèce qu'à l'égard des créanciers chirographaires, parce que, pour statuer en connaissance de cause sur le concordat, il importe que les créanciers chirographaires soient fixés sur la réalité des titres de ceux qui peuvent leur enlever une notable partie du patrimoine de leur débiteur ; — il

¹ *Infra*, pp. 359 et suiv. ; Cass, 14 mai 1879 (S., 1879, 1, 271).

est même évident que les créanciers privilégiés ou hypothécaires nuisent encore plus à la masse que s'ils étaient des chirographaires : car le créancier qui est muni d'une sûreté touchera peut-être sur le prix de vente de l'objet l'intégralité de sa créance, tandis que le créancier ordinaire ne recevra qu'un dividende ; — ce serait bizarre, en vérité, d'établir entre les différentes classes de créanciers une distinction que le Code de commerce ne pose pas dans les articles 491 et suivants ; — le cas où un droit de privilège ou d'hypothèque est contesté lors de la vérification, se trouve spécialement prévu dans l'article 501 du Code de commerce ; — enfin l'article 508 suppose que les créanciers privilégiés ou hypothécaires peuvent voter, s'ils le veulent : il suppose donc qu'ils seront toujours vérifiés¹.

Le système opposé avait acquis la faveur d'une jurisprudence constante. Et d'abord, répondait-on, les créanciers privilégiés ou hypothécaires, en tant qu'ils exercent leurs privilèges ou leurs hypothèques, sont en dehors de la faillite. En effet, à la différence des créanciers chirographaires, ils peuvent exercer, après le jugement déclaratif de faillite, des poursuites individuelles sur les biens qui leur sont affectés ; les intérêts de leurs créances ne cessent pas de courir à leur profit ; ils n'ont pas le droit, en leur qualité, de voter au concordat

¹ Bordeaux, 19 mars 1860 (S., 1860, 2, 495) ; Paris, 21 mars 1863 (S., 64, 2, 233) ; Agen, 20 févr. 1866 (S., 66, 2, 154). Voir en ce sens : Renouard, t. I, p. 559 ; Pardessus, t. V, n° 1184 ; Demangeat sur Bravard, t. V, p. 343 en note ; Bédarride, t. I, n° 426 ; Boulay-Paty, nos 213 et 230 ; Dalloz, v° *Faillite*, n° 574 ; Alauzet, t. IV, nos 2606 et 2607 ; Saint-Nexent, *Traité des faillites et banqueroutes*, éd. 1844, n° 402.

(C. comm., art. 508). — En outre, l'article 552 du Code de commerce est très clair, il n'exige les formalités de la vérification et de l'affirmation des créances hypothécaires ou privilégiées, que si les bénéficiaires, non remplis sur le prix des immeubles, viennent ensuite concourir avec la masse chirographaire et prendre part à des distributions de deniers chirographaires; il suit de là qu'en principe la procédure de vérification et d'affirmation n'est pas absolument requise, lorsque les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont désintéressés uniquement sur le prix de leurs gages. — Les créanciers hypothécaires ou privilégiés n'échappent pas, d'ailleurs, à tout contrôle : la loi a organisé une procédure spéciale pour ouvrir les ordres de créanciers, et rien n'empêche les intéressés, ainsi que les syndics ou les liquidateurs, de faire opposition et de contester l'admissibilité d'une créance à l'ordre ouvert sur le prix des immeubles¹.

En conséquence notre conclusion, avant 1889, eût

¹ Voir en ce sens : Bordeaux, 2 juin 1871 (S., 72, 2, 265 ; D., 72, 2, 195) ; Poitiers, 28 janv. 1878 (S., 1878, 2, 301) ; Lyon, 16 févr. 1881 (S., 82, 2, 44 ; J. Pal., 1882, 310) ; Cass. (Ch. civ.), 19 juin 1889 (S., 89, 1, 480 ; D., 89, 1, 377). Adde Buston et Rataud à leur cours ; Bravard, t. V, pp. 342 et 343 ; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, pp. 779 et 780 ; Laurin, nos 934 et 935. — Boistel (n° 988, pp. 755 et 756) admettait pourtant un tempérament à ce dernier système : d'après lui les créanciers à privilège *général* étaient soumis à la double nécessité de la vérification et de l'affirmation de leurs créances. Il est de fait que le créancier à privilège général ne conserve pas le droit de poursuite individuelle, l'article 571 du Code de commerce ne s'appliquant pas à lui (*supra*, p. 192, note 1), et qu'il se trouve directement en conflit avec la masse chirographaire sur la masse des biens.

été celle-ci : les créanciers hypothécaires ou privilégiés ne sont pas rigoureusement tenus de soumettre leurs créances à la procédure de vérification et d'affirmation ; néanmoins, ils restent libres de le faire, et de leur part ce sera un acte de prudence, car leur créance est susceptible d'être contestée ou les immeubles grevés peuvent fort bien n'avoir pas une valeur suffisante pour les désintéresser complètement.

Mais, l'opinion qui jadis avait rallié les suffrages de la minorité des auteurs, est la seule qui doive être admise aujourd'hui. Toute controverse sur ce point est désormais écartée, depuis que la loi sur la liquidation judiciaire est venue faire une obligation pour les créanciers d'énoncer dans leur bordereau « *les privilèges, hypothèques ou gages affectés à leurs créances* » (art. 11, al. 1)¹. Et comme cette mention est également prescrite dans les bordereaux que doivent remettre les créanciers d'un failli (L. 1889, art. 20, al. 1), il suit que, aussi bien en matière de faillite que sous le régime de la liquidation judiciaire, *tous les créanciers, sans exception aucune, se trouvent soumis à la procédure de vérification et d'affirmation*. Autrement, l'indication de privilèges, d'hypothèques et de gages dans une pièce qui serait prescrite uniquement en vue de la simple production des créanciers ne se comprendrait pas².

¹ *Supra*, p. 341.

² En ce sens : Lyon-Caen, *Manuel*, n° 1076, p. 840 et n° 1198^m, p. 928, note 1 ; *Idem*, *Annuaire de législ. française*, 1889, p. 72, note 3

C. — *Formalités de la vérification et de l'affirmation.*

La procédure de vérification et d'affirmation des créanciers, dans ses traits généraux, ressemble beaucoup à celle qui est réglée par le Code de commerce pour la faillite; en effet, « *la vérification et l'affirmation des créances ont lieu... dans les formes prescrites par le code de commerce en tout ce qui n'est pas contraire à la présente loi* » (Loi 1889, art. 12, al. 2) ¹.

Par conséquent, il est procédé à l'examen des titres sous la présidence du juge-commissaire et en présence de tous les créanciers qui se sont rendus à la convocation du greffier.

Les créances sont vérifiées contradictoirement entre chaque créancier ou son mandataire et les liquidateurs; car deux intérêts opposés se trouvent en jeu : celui du créancier qui prétend devoir être admis au passif, et celui de la masse qui voit diminuer, par toute nouvelle adjonction, le dividende revenant à chaque ayant droit. Si les liquidateurs sont eux-mêmes créanciers, le juge-commissaire vérifie leurs créances (C. comm., art. 493, al. 2) ².

Chacun des créanciers établit le bien fondé de ses prétentions par tous les moyens de preuve admis par la loi.

Mais le juge-commissaire peut, même d'office, ordon-

¹ Cette formule abrégée ouvre la porte à tous les procès qui se puissent imaginer.

² Pour l'intelligence de ce texte, il est bon cependant de ne pas oublier que le liquidateur, en principe, ne représente pas la masse des créanciers.

ner la représentation des livres du créancier, ou demander qu'il en soit rapporté un extrait fait par les juges du lieu (C. comm., art. 496)¹. La représentation des livres est possible alors même que la créance serait prouvée par des titres, quelque réguliers ou authentiques qu'ils paraissent; car, il se peut que les obligations établies par les titres aient éprouvé certaines modifications que mettra en relief le contenu des livres.

Par ailleurs, tout créancier présent aux assemblées de vérification ou son mandataire a le droit individuel, même si sa créance n'a pas été vérifiée, de contredire aux vérifications faites ou à faire, et de s'opposer à l'admission de chaque créance. Le liquidé dispose du même droit (C. comm., art. 494).

Nous plaçant un instant au point de vue des sociétés, nous savons que, dans la liquidation judiciaire des sociétés en nom collectif, en commandite simple ou par actions, il existe autant de masses qu'il y a d'associés personnellement responsables plus un, et qu'une assemblée spéciale correspond à chacune de ces masses². Ce n'est pas à dire que jamais la masse des créanciers personnels n'aura à donner son avis à propos de créances sociales. S'agit-il par exemple de la vérification des créances invoquées *contre la société* : comme ces créances doivent rejaillir à la fois contre la société et contre chacun des associés, elles pourront être contestées et par

¹ Le juge-commissaire pourra de même exiger l'apport de tout autre titre pouvant fournir des renseignements et des éclaircissements : Trib. comm. Seine, 26 oct. 1887 (*Droit*, 13 nov. 1887); Aix, 8 juillet 1885 (*Rec. d'Aix*, 1885, p. 324).

² *Supra*, pp. 300 et 301.

les créanciers sociaux et par tous les créanciers personnels des divers associés (C. comm., art. 494). S'agit-il au contraire d'une créance personnelle alléguée *contre un associé*, les créanciers sociaux seuls pourront intervenir à la vérification avec les créanciers personnels de cet associé; les créanciers personnels des autres associés seront évincés de la discussion.

Quoi qu'il en soit, et d'une manière générale, il est dressé un procès-verbal de vérification par les soins du juge-commissaire (C. comm., art. 493, al. 2 *in fine*).

Ce procès-verbal indique le domicile des créanciers et de leurs fondés de pouvoirs; il contient en outre la description sommaire des titres et la nature des surcharges, ratures et interlignes; enfin il doit exprimer si la créance est contestée ou admise (C. comm., art. 495).

La mention dans le procès-verbal de vérification que la créance a été admise présente de l'utilité au cas où il n'y aurait pas de titre écrit, ou bien encore si le titre venait à être égaré; en effet, le procès-verbal peut servir de titre pour toucher les dividendes (C. comm., art. 569, al. 3).

L'admission de chaque titre se constate encore par une déclaration, signée des liquidateurs et visée par le juge-commissaire, sur le titre de créance. En voici la formule : « *Admis au passif de la liquidation judiciaire de M.... pour la somme de.... le....* » (C. comm., art. 497, al. 1 et 2). Cette mention sur les titres empêchera qu'on ne les produise à nouveau. Il y va même de l'intérêt des créanciers et de celui du liquidé, que les liquidateurs signalent dans la mention d'admission si les créances sont ordinaires ou bien garanties par un gage, par une

hypothèque ou par un privilège ; en effet, les créances privilégiées, hypothécaires ou nanties de gage ne doivent pas être comprises dans le calcul du vote au moment du concordat.

Enfin, le législateur, voulant prévenir l'éventualité de manœuvres frauduleuses, a prescrit que le créancier dont le titre a été approuvé, vienne lui-même ou par mandataire en attester à la justice la sincérité : celui-ci est effectivement tenu d'affirmer, en présence du juge-commissaire, que sa créance est sincère et véritable (C. comm., art. 497, al. 3). Pour cet aveu de conscience, point de formule spéciale n'est précisée par la loi : l'affirmation n'est même pas requise sous la foi du serment¹ ; mais une affirmation mensongère, quelle qu'en soit la forme, serait punie des peines de la banqueroute frauduleuse, c'est-à-dire des travaux forcés à temps (C. comm., art. 593, al. 2) et l'arrêt devrait être affiché et publié aux frais du condamné (C. comm., art. 600).

La seule chose intéressante ici est que, à la différence de la faillite et par dérogation à l'article 497, alinéa 3, du Code de commerce, d'après lequel l'affirmation s'opère dans la huitaine au plus tard qui suit la vérification, la Loi de 1889 n'impartit pas de délai aux créanciers : sous le régime de la liquidation judiciaire, « *la vérification et l'affirmation des créances ont lieu dans la même réunion* » (L. 1889, art. 12, al. 2). On économise ainsi les frais de procédure qu'aurait coûtés la convocation d'une réunion spéciale des créanciers pour l'affirmation².

¹ Renouard, t. I, p. 547 ; Alauzet, n° 2624 ; Boistel, n° 987.

² Fort bien, mais pourquoi cette différence ? Il eût été si simple au législateur de modifier certains articles de la faillite ! A cette

SOUS-SECTION III

TROISIÈME RÉUNION DES CRÉANCIERS

dite

« SECONDE ASSEMBLÉE DE VÉRIFICATION »

Cette troisième réunion des créanciers constitue la seconde et, *en principe*, la dernière assemblée de vérification et d'affirmation.

Nous étudierons l'assemblée même, puis les conséquences qui en découlent au point de vue de la condition de chacun des créanciers.

exception près, les formalités de vérification et d'affirmation sont donc les mêmes au cas de liquidation judiciaire que sous l'empire de la faillite : les modifications proposées en cette matière ont toutes échoué (Rapport Laroze, p. 78 ; Rapport Demôle, pp. 9, 12 et 13 ; Chambre des Députés, séances des 18 et 20 oct. 1888). En particulier, la Chambre des Députés avait introduit dans le texte de l'article 12 de son projet une disposition prescrivant l'affirmation de la créance *avant* sa vérification et exigeant pour cette affirmation une formule sacramentelle que le créancier aurait écrite et signée à la suite de sa production : « J'affirme sur l'honneur que ma présente créance est sincère et véritable » (V^o C. comm. belge, art. 498 ; C. comm. italien, art. 748 ; L. anglaise de 1883). De plus, le créancier devait élire domicile dans le lieu où aurait siégé le tribunal ; à défaut d'élection de domicile, toutes significations ou informations lui étaient valablement faites ou données au greffe. Le bordereau de la créance, les titres, l'affirmation et la déclaration d'élection de domicile pouvaient être adressés au greffier sans l'assistance d'un mandataire. Le Sénat repoussa un pareil système, dont l'inconvénient principal eût été que les opérations de la liquidation se fussent déroulées la plupart du temps en dehors des intéressés.

§ 1^{er}. — De la seconde assemblée de vérification.

Le lendemain du jour où les opérations de la première assemblée de vérification ont été terminées, des lettres individuelles et des insertions dans les journaux avertissent les créanciers qui n'ont pas encore produit, d'avoir à faire le dépôt de leurs titres avant la seconde assemblée de vérification, qui a lieu quinze jours après la première; et dans ces lettres et insertions on avertit les créanciers retardataires, que cette seconde assemblée de vérification sera la dernière (L. 1889, art. 13, al. 1 et 2, et art. 9 cbn).

En matière de faillite, le nombre des réunions n'est pas limité. Deux assemblées successives de vérification ont lieu d'ordinaire; mais il peut en être tenu davantage, comme une seule est possible. Tout cela dépend du nombre des créanciers.

Au contraire, sous le régime de la Loi de 1889, il est prescrit deux assemblées de vérification, ni plus ni moins.

Peu importe que les créanciers mentionnés en l'état de situation se soient fait tous admettre à la première assemblée, il sera quand même nécessaire de procéder à la seconde, parce que des créanciers sont susceptibles d'avoir été omis par le débiteur, et que, étant donné le texte très général de la loi (art. 13), ils sont en droit de compter sur la ressource de deux assemblées. Mais le juge-commissaire, quel que soit le nombre des créanciers, ne peut convoquer que deux assemblées, tenues à

quinze jours d'intervalle ; lui accorder le droit d'en tenir davantage serait méconnaître la volonté du législateur de faire clore en quinze jours le procès-verbal de vérification.

Et pourtant, si l'on suppose la liquidation judiciaire d'une société commerciale comportant un nombre indéfini de créanciers, un pareil vœu semble irréalisable ; car enfin, par suite de l'impossibilité de vérifier et d'affirmer toutes les créances en deux assemblées d'un jour chacune, l'une et l'autre assemblée comprendront un certain nombre de séances continuées sans interruption et fixées par le juge-commissaire (C. comm., art. 493, al. 1), et dès lors, si la première a duré deux, trois ou quatre jours, la seconde devra être tenue quinze jours après la dernière séance de cette première assemblée¹.

Le législateur a tellement bien pressenti l'insuffisance de ses délais que, *exceptionnellement* dans son esprit, mais très souvent en pratique, la deuxième assemblée de vérification ne sera pas la dernière. Comme les porteurs de lettres de change ou de billets à ordre en circulation, souscrits ou endossés par le liquidé, ont pu ignorer l'ouverture de sa liquidation judiciaire et que cependant ils ne doivent pas être mis dans l'impossibilité de produire en temps utile, le juge-commissaire *peut*, uniquement s'il s'agit de titres en circulation qui ne soient pas échus lors de la deuxième assemblée de vérification, ordonner la convocation d'une *troisième et dernière assemblée* qui vérifiera ces divers titres au moment de leur échéance, c'est-à-dire à l'époque probable

¹ V° en ce sens Goirand, p. 141,

où les porteurs se présenteront (art. 13, al. 3). Encore faut-il que cette nouvelle convocation ait été sollicitée avant le prononcé de la clôture des opérations de vérification¹.

Enfin, dans la dernière assemblée des créanciers qui sera la seconde ou la troisième, suivant les cas, le juge-commissaire prononce la clôture de la vérification (art. 14, al. 1)². La date de clôture est utile relativement à la fixation de la réunion du concordat (art. 14, al. 2), et aussi par rapport à la détermination irrévocable de l'époque de la cessation de paiements au regard des créanciers (C. comm., art. 581)³.

Le lendemain de la dernière assemblée de vérification commence la période définitive (L. 1889, art. 14, al. 1).

¹ Trib. comm. Seine, 27 avril 1889 (*J. Faill.*, 1889, p. 247 ; *Gaz. Pal.*, 89, 1, 763).

² Et cela, contrairement au Code de commerce, qui ne fixe pas de moment précis pour la clôture du procès-verbal de vérification et laisse le juge-commissaire libre d'apprécier l'heure opportune pour le faire.

³ Sic Cour de Caen, arrêt du 12 août 1890 (*J. des Faill.*, 1890, p. 435) et Cassation, arrêt du 11 nov. 1891 (*J. des Faill.*, 1892, p. 49 ; D., 1892, 1, 49). Contra arrêt de la Cour d'Agen, du 30 déc. 1892 (*J. Faill.*, 1893, pp. 158 et suiv.), d'après lequel le droit de reporter la cessation de paiements n'est pas renfermé dans les limites fixées par l'article 581 du Code de commerce et peut donc s'exercer après la huitaine qui suit la clôture définitive des opérations de vérification des créances (arg. L. 1889, art. 19, al. 2 : « *Le tribunal déclare la faillite A TOUTE PÉRIODE DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE..* » ; dès lors, les tribunaux peuvent déclarer la faillite après l'expiration des délais de vérification et fixer la date à laquelle la cessation de paiements a eu lieu).

§ 2. — De la condition des créanciers après les assemblées de vérification.

A la suite de la vérification et de l'affirmation des créances, trois résultats différents peuvent se produire : ou le créancier est admis, ou il est contesté, ou il est en retard.

A. — Du créancier « admis » .

Après la clôture du procès-verbal de vérification, le fait qu'une créance a été *vérifiée* n'empêche pas de réclamer contre son admission, parce que l'admission non suivie de l'affirmation revêt un caractère purement provisoire (C. comm., art. 494, al. 1)¹.

Mais la créance *une fois admise et affirmée* est-elle ensuite susceptible de contestation, et l'erreur commise peut-elle être rectifiée ?

L'affirmative serait dangereuse ; car le droit de remettre en question une admission régulière sous prétexte d'erreur commise, jetterait l'insécurité dans les opérations de vérification et l'incertitude dans la situation des créanciers.

C'est pourquoi, d'après la jurisprudence actuelle en matière de faillite, *l'admission d'une créance suivie de son*

¹ Orléans, 6 juin 1882 (J. Faill., 1882, p. 608).

affirmation est déclarée, au moins en principe, définitive et irrévocable ¹.

Cette jurisprudence sera vraisemblablement consacrée sous l'empire de la liquidation judiciaire, bien que cependant on puisse arguer en sa faveur, au cas de faillite, de textes plus probants et de causes plus évidentes. Ainsi, on dira avec la Cour suprême que « la *déclaration d'admission pure et simple* d'une créance au passif de la *faillite du débiteur constituée.... un contrat judiciaire* (entre les créanciers) dont l'effet est de mettre la créance (vérifiée) à l'abri de toute contestation nouvelle tendant à l'anéantir, la réduire ou la modifier » ². Les créanciers présents étaient libres de fournir des contredits; s'ils ne l'ont pas fait, qu'ils s'en prennent à eux-mêmes: ils sont censés avoir reconnu la créance admise et renoncé aux causes de nullité ou de résolution dont ils pouvaient exciper. Quant aux créanciers absents, ils étaient représentés en la personne des syn-

¹ Trib. civ. Corbeil, 11 mai 1887 (*Loi*, 16 juin 1887); Lyon, 13 juill. 1881 (*Gaz. Pal.*, 82, 1, 159); Paris, 30 juin 1883 (*D.*, 85, 2, 18); Chambéry, 20 janv. 1890 (*Gaz. Pal.*, 90, 1, 319); Cass., 19 mars 1879 (*S.*, 79, 1, 271); 28 nov. 1881 (*D.*, 82, 1, 247); 8 mars 1882 (*S.*, 83, 1, 82); 14 janv. 1885 (*S.*, 85, 1, 159); 23 fév. 1885 (*S.*, 85, 1, 337); 11 nov. 1885 (*S.*, 86, 1, 413); 1^{er} fév. 1888 (*S.*, 90, 1, 394); 7 janv. 1890 (*S.*, 90, 1, 389); 28 avril 1891 (*Gaz. Pal.*, 91, 1, 638). Adde Renouard, t. I, p. 549; Laurin, n° 944; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2867. — La Cour de Cassation est même d'avis que la créance *vérifiée et affirmée* se trouve à l'abri des conséquences d'un jugement qui reporterait la date de la cessation de paiements à une époque antérieure à celle précédemment fixée (Cass., Ch. req., 18 mars 1874. *S.*, 74, 1, 104; *D.*, 76, 1, 388).

² Cass., Ch. civ., arrêt du 11 nov. 1885 (*S.*, 1886, 1, 413).

dies. Or, en matière de liquidation judiciaire, les absents manquent de représentants, puisqu'en principe les liquidateurs ne personnifient pas la masse ¹.

A sa théorie, la jurisprudence admet toutefois certains tempéraments. La vérification, par exemple, ne serait pas irrévocable : s'il y avait dol ou fraude, parce que « *fraus omnia corrumpit* » ²; — si l'admission avait été accompagnée de protestations ou de réserves de la part des syndics ³; — ou bien s'il s'agissait d'une contestation portant sur une dérogation à une disposition légale qui intéresse l'ordre public ⁴.

Quels que soient les avantages pratiques du système préconisé par la Cour de cassation, nous croyons devoir adopter l'opinion suivant laquelle l'affirmation ne met pas d'obstacle à la contestation d'une créance après coup. Pour qu'un créancier n'eût pas le droit de contredire, non seulement jusqu'à la clôture du procès-verbal de vérification et d'affirmation, mais encore jusqu'à la clôture de la liquidation judiciaire, ou de la faillite, si la liquidation judiciaire venait à se résoudre en faillite, il faudrait un texte formel qui n'existe pas ⁵.

¹ *Supra*, pp. 260 et suiv.

² Cass., Ch. Req., 23 févr. 1885 (S., 1885, 1, 337 et 342, col. 3^e, sur le 4^e moyen).

³ Cass., Ch. civ., 11 nov. 1885 (arg. texte cité).

⁴ Cass., Ch. civ., 11 nov. 1885.

⁵ En ce sens : Boistel, n^o 990. Contra Danjon, à son cours ; Bédarride, t. II, n^o 443 ; Alauzet, n^{os} 2626-2630 ; Demangeat, t. V, pp. 351-352 ; Massé, t. III, n^{os} 2199 et 2575, d'après lesquels toute créance peut être contestée *seulement jusqu'à la clôture du procès-verbal de vérification et d'affirmation* (arg. C. comm., art. 581).

B. — *Du créancier « contesté. »*

Si le contredit porte seulement sur une garantie, le créancier est admis aux délibérations en qualité de simple créancier chirographaire (C. comm., art. 501).

Mais que décider s'il s'agit de la créance même ?

Eh bien, il y a lieu à un procès où sont débattues les raisons qui militent pour ou contre l'admission de la créance contestée. Le tribunal compétent est, soit le tribunal de commerce chargé de l'instruction de la liquidation, soit un tribunal civil, soit un tribunal de répression.

Le tribunal de commerce connaît de la contestation, si elle est relative à une créance commerciale ou si elle est née de la liquidation judiciaire (C. comm., art. 631, al. 3, et art. 635); car il constitue un tribunal d'exception, n'ayant reçu de juridiction qu'en matière commerciale. Il en serait ainsi au cas d'une demande en nullité d'un acte intervenu pendant la période suspecte (C. comm., art. 446-449). Le juge-commissaire peut alors, sans qu'il soit besoin de citation, renvoyer à bref délai devant le tribunal de commerce et il y fait son rapport (C. comm., art. 498, al. 1). A supposer qu'une enquête paraisse nécessaire, le tribunal de commerce peut ordonner qu'elle soit faite devant le juge-commissaire, et que les personnes capables de fournir des renseignements soient, à cet effet, citées par-devant lui; puis il statue, sur le rapport du juge-commissaire (C. comm., art. 498, al. 2). — Dans tous les autres cas, le tribunal compétent sera ou bien un tribunal civil (C. comm., art. 500, al. 1), par

exemple s'il s'agissait d'une demande en nullité basée sur l'incapacité d'une des parties, ou bien un tribunal de répression (C. comm., art. 500, al. 2), c'est-à-dire la Cour d'assises, en cas de faux, ou le tribunal correctionnel, en cas d'usure, d'abus de confiance, d'escroquerie.

Lorsque l'admission d'une ou de plusieurs créances aura été contestée, il arrivera presque toujours que le jugement statuant sur la contestation ne soit pas rendu avant l'époque de la convocation de l'assemblée du concordat.

En matière de faillite, on attend, au moyen d'un *sursis*, que le procès soit terminé, pour réunir l'assemblée du concordat; ou bien encore (et c'est ce qui arrive le plus souvent); on passe outre et l'on proclame l'*admission provisionnelle* du créancier contesté, en d'autres termes on détermine, à titre provisoire, la quotité de sa créance jusqu'à concurrence de laquelle il pourra prendre part au vote (C. comm., art. 499 et 500).

Quand dans une liquidation judiciaire une créance est contestée, le tribunal de commerce, à la différence du droit dont il dispose en matière de faillite, n'a pas le pouvoir de décider qu'il sera *sursis* à l'assemblée du concordat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le débat par le tribunal compétent (arg. L. 1889, art. 14)¹. Mais le tribunal de commerce peut, soit sur le vu du procès-verbal de vérification portant qu'il y a contestation, soit sur une requête du liquidateur, « *augmenter le délai*, » c'est-

¹ Cette solution résulte incontestablement du Rapport de M. Demôle, au Sénat, sur l'article 14 de la loi (Rapport annexé au procès-verbal de la séance du 21 déc. 1888). Contra Lyon-Caen, *Manuel*, n° 1198^m, p. 930; Goirand, p. 143.

à-dire reporter à une époque plus lointaine que ne serait la date normale, le jour de l'assemblée du concordat (art. 14, al. 3). Pour ordonner un semblable retard le tribunal de commerce est seul compétent, quelle que soit la juridiction appelée à trancher la contestation ; et cela est rationnel, car, mieux que tout autre, il connaît l'état de la liquidation et l'opportunité de la décision à prendre.

Le créancier contesté pourrait encore être admis à *titre provisoire* à voter dans l'assemblée qui statue sur les propositions de concordat du liquidé, mais seulement si la contestation était soumise à un tribunal civil ou au tribunal de commerce saisi de l'instruction de la liquidation, parce que cette admission constitue une sorte de préjugé de la question. Dans l'espèce, l'admission provisionnelle serait prononcée par le tribunal compétent sur le fond de la contestation, et le jugement qui l'accorderait fixerait la somme pour laquelle elle devrait avoir lieu (C. comm., art. 499, al. 2, et art. 500, al. 1). Qu'au contraire la contestation soit de la compétence d'un tribunal de répression, l'admission provisionnelle devient impossible, partant le créancier contesté ne peut pas participer aux opérations tant que le tribunal de répression n'a pas reconnu l'existence de sa créance ; dans ce cas, en effet, il s'agit d'une question intéressant la vie ou l'honneur du liquidé, et dès lors il est sage de prévenir la naissance d'un préjugé qui pourrait être défavorable à l'accusé (C. comm., art. 500, al. 2)¹.

¹ Pour l'intelligence de l'article 500 du Code de commerce il est nécessaire de se souvenir qu'il n'y a pas de sursis en matière de liquidation judiciaire, que le tribunal de commerce dispose seu-

Les jugements qui fixent à une date ultérieure l'assemblée du concordat et ceux qui prononcent l'admission provisionnelle de créanciers contestés ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation (C. comm., art. 583, al. 4). Mais *a contrario*, il est permis de recourir contre les jugements qui *rejettent* l'admission par provision.

C. — *Du créancier « retardataire. »*

Il arrivera fréquemment, étant donné les restrictions de délais introduites par la loi dans la liquidation judiciaire, qu'un créancier produise à l'ordre d'une façon quelque peu tardive : quelle sera sa situation ?

Le créancier, connu ou ignoré, qui n'a pas fait procéder à la vérification et à l'affirmation de sa créance dans les délais légaux, ne se trouve pas déchu de son titre de créancier. Mais il n'est pas admis au vote du concordat, dont les effets lui deviennent cependant opposables. De plus, si l'actif du liquidé est réalisé, il n'est pas compris dans les répartitions de dividendes à faire ; toutefois, s'il se présente avant la clôture des opérations, il peut former à ses frais, par acte d'huissier, entre les mains des liquidateurs, opposition aux répartitions à venir. Le tribunal de commerce statuera (C. comm., art. 503, al. 1) ¹.

lement du droit d'*augmenter* le délai pour la réunion de l'assemblée du concordat. Sauf cette réserve, on voit que la Loi de 1889, dans son article 14, alinéa 3, n'a pas apporté la moindre modification aux dispositions des articles 499, alinéa 2, et 500 du Code de commerce, qui règlent les admissions par provision.

¹ V° en ce sens : Trib. comm. Marseille, 2 juillet 1889 (Rec. de Marseille, 1889, 285) et Trib. comm. du Havre, 3 déc. 1889 (Rec. du Havre, 1890, 1, 50).

Cette opposition ne suspend pas l'exécution des répartitions déjà ordonnancées par le juge-commissaire ; mais, s'il est procédé à des répartitions nouvelles avant qu'il ait été statué sur l'opposition du créancier, celui-ci doit être compris pour la somme qui aura été provisoirement déterminée par le tribunal et qui sera tenue en réserve jusqu'au jugement de son opposition (C. comm., art. 503, al. 2).

En outre, quand le tribunal admet la créance, il est prélevé, sur l'actif non encore réparti, une somme égale à celle que l'opposant aurait eu droit de toucher si sa créance avait été admise et vérifiée en temps utile (C. comm., art. 503, al. 3).

Par conséquent, dans une liquidation judiciaire comme dans une faillite, le créancier retardataire ne risque de perdre, que dans l'hypothèse où les sommes restant à partager seraient insuffisantes à le couvrir.

Telles sont, en matière de liquidation judiciaire, les règles de production, de vérification et d'affirmation ; il n'est rien de plus clair que cette procédure dans toute la loi.

Les facilités actuelles de communication et la raison d'économie ont poussé le législateur de 1889 à établir des délais très courts et de rigueur, ainsi qu'à organiser des réunions strictement limitées.

Sans doute des « *augmentations de délais* » sont permises dans la double hypothèse de créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France, et de contestation sur l'admission d'une ou de plusieurs créances (art. 12, al. 1 *in fine*, et art. 14, al. 3) ; de

même encore est autorisée la convocation d'une troisième assemblée de vérification au cas de lettres de change ou de billets à ordre, souscrits ou endossés par le débiteur et non échus au moment de la seconde assemblée de vérification (art. 13, al. 3).

Mais en soi le canevas des opérations est des plus simples.

Les créanciers sont convoqués *dans les trois jours* du jugement d'ouverture de liquidation à la réunion *initiale* qui doit avoir lieu *dans la quinzaine* (art. 9, al. 1) ; — puis, ils procèdent dans une deuxième assemblée, tenue *dans la quinzaine* de la réunion initiale, à la vérification et à l'affirmation (art. 9, al. 5, et art. 12, al. 1) ; — *quinze jours après* cette deuxième assemblée, ils en tiennent une troisième pour achever de vérifier et d'affirmer les créances (art. 13, al. 1 et 2) ; — enfin, nous allons voir que, *quinze jours après*, ils sont appelés à délibérer sur les propositions du liquidé en vue d'un concordat (art. 14, al. 1 et 2).

Il se pourrait donc que, dans une liquidation judiciaire, la période préparatoire, c'est-à-dire cet intervalle qui sépare le jugement d'ouverture de l'assemblée du concordat, comprit *au maximum* soixante-trois jours.

CHAPITRE V

Des diverses Solutions de la Liquidation judiciaire

L'actif est désormais constaté, le passif ressort clairement des créances vérifiées et affirmées; il ne reste plus qu'à mettre la masse des créanciers en présence du débiteur, afin de donner à sa liquidation judiciaire la solution qui lui convient.

A cet effet, *le lendemain de la dernière assemblée de vérification* (seconde ou troisième assemblée selon les cas), les créanciers sont de nouveau convoqués en assemblée spéciale pour entendre les propositions de concordat du liquidé et en délibérer¹. Des lettres et insertions dans les journaux invitent toutes les personnes *vérifiées ou admises par provision* à y assister (L. 1889, art. 14, al. 1)².

¹ Cf. C. comm., art. 504 : « Dans les trois jours qui suivront les délais prescrits pour l'affirmation, le juge-commissaire fera convoquer par le greffier..... »

² Si le texte porte simplement : « tous les créanciers vérifiés » sans les mots : « et affirmés », c'est que la vérification se produit en même temps que l'affirmation (V^o C. comm., art. 504, 1^{re} phr. et 505, al. 1). — Il importe peu que ces créanciers soient parents ou non du liquidé.

L'assemblée du concordat doit avoir lieu *quinze jours exactement* après la dernière assemblée de vérification, sauf « *augmentation* » de temps exceptionnelle par le tribunal de commerce, au cas de contestation sur l'admission d'une ou de plusieurs créances (art. 14, al. 2 et 3)¹. Ce délai est compté du jour de la dernière assemblée de vérification, et non pas du jour où les convocations ont été lancées².

Comme le concordat est un contrat synallagmatique, entraînant des obligations réciproques entre les créanciers et le débiteur, celui-ci est sommé par acte d'huissier de se rendre à la réunion : il doit y assister en

¹ V° *supra*, pp. 363 et 364. — Cf. C. comm., art. 505, al. 1, d'après lequel le jour de l'assemblée du concordat est fixé *ad libitum* par le juge-commissaire. — V° arrêt de la Cour de Bourges, du 20 déc. 1892 (*J. Faill.*, 1893, pp. 152 et suiv.), d'après lequel le délai de quinzaine fixé par l'article 14 pour la délibération sur le concordat n'a pas le caractère d'un terme fatal et de rigueur devant être observé à peine de nullité. L'article 16 n'édicte cette sanction qu'à l'encontre des concordats qui n'auraient pas été souscrits dans les formes spécifiées, et ne faisant pas allusion au délai, le juge ne saurait prononcer des nullités que la loi n'a pas expressément édictées ; le concordat du liquidé tardivement présenté peut donc être validé, s'il est d'ailleurs exempt de fraude.

² Si, à l'époque fixée pour la délibération sur le concordat, le tribunal se trouve saisi par un créancier d'une demande en déclaration de faillite, cette demande n'arrête pas les opérations de concordat, et le fait par le créancier demandeur en faillite de prendre part à la délibération n'amène aucune forclusion à plaider ultérieurement sur la demande en faillite (Trib. comm. de Marseille, 22 mars 1890, *J. des Faill.*, 1890, p. 470). Mais alors le tribunal est obligé de surseoir à l'homologation, car le jugement rendrait le concordat définitif (Trib. comm. Marseille, 23 janvier 1890, *J. des Faill.*, 1890, p. 280).

personne, il n'obtiendrait de s'y faire représenter par un fondé de pouvoirs qu'exceptionnellement pour des motifs graves et approuvés par le juge-commissaire (C. comm., art. 505, al. 2; L. 1889, art. 15, al. 1, et art. 14, al. 1 cbn). A défaut de comparution, le liquidé pourrait être déclaré banqueroutier simple, comme tel déchu du bénéfice de la liquidation judiciaire et mis en faillite (C. comm., art. 586, 5°, et L. 1889, art. 19, al. 2, 4° cbn).

Pour délibérer en connaissance de cause, l'assemblée doit être édifiée sur l'état de la liquidation. C'est pourquoi, bien que la Loi de 1889 ne le dise pas, le liquidateur définitif lit, comme en matière de faillite, un rapport sur l'état de la liquidation judiciaire, sur les formalités qui ont été remplies et les opérations qui ont eu lieu¹. Le débiteur est entendu, s'il a quelques inexactitudes à relever. Le liquidateur remet, écrit et signé de lui, son rapport au juge-commissaire. Le liquidé, assisté ou non par un conseil, développe alors ses propositions de concordat, et il discute avec ses créanciers les délais qu'il désire obtenir ou la partie de ses dettes dont il demande la remise. Puis on passe au vote, et le juge-commissaire dresse procès-verbal des dires et décisions de l'assemblée (C. comm., art. 506).

A partir de ce moment, la liquidation judiciaire est susceptible de l'une ou l'autre des trois solutions que

¹ Voir Délibération du Tribunal de commerce de la Seine du 30 avril 1889, laquelle porte en outre que « ce rapport sera déposé au Greffe huit jours avant l'assemblée et les lettres de convocation aux créanciers ainsi que les insertions indiqueront ce dépôt ».

voici : *concordat* (L. 1889, art. 15), — *liquidation de l'actif* (art. 19, al. 1, 2^e, 2^e phr.), — *déclaration de la faillite* (art. 19).

Si l'avoir du liquidé ou celui de la société en liquidation judiciaire ne permettait pas d'aller jusqu'à l'assemblée du concordat, il pourrait encore y avoir lieu à la *clôture pour insuffisance de l'actif* ; les règles sur ce point seraient les mêmes que s'il y avait eu faillite (C. comm., art. 527 et 528 ; L. 1889, art. 24). La possibilité de cette halte, au cours de la liquidation, n'a pas été prévue par le législateur de 1889, peut-être pour deux motifs : tout d'abord, ce n'est pas une issue, mais bien une impasse ; et puis, à la différence des faillites où la clôture pour insuffisance d'actif apparaît quarante ou quarante-cinq fois sur cent d'après les statistiques¹, les liquidations judiciaires offriront peu d'exemples d'un semblable moment d'arrêt, parce que la mise en liquidation doit suivre de près la cessation des paiements, et qu'ainsi l'actif n'aura pas été entièrement dissipé. Cependant, si une liquidation judiciaire venait à être close pour insuffisance d'actif, il y aurait vraisemblablement en pareil cas déclaration de faillite ; car alors la situation mauvaise du liquidé révélerait sans doute de sa part des dilapidations couronnées par une déclaration tardive de cessation de paiements, ce qui lui vaudrait *peut-être*, suivant l'appréciation du tribunal, le retrait du bénéfice de la liquidation judiciaire et une mise en faillite (L. 1889, art. 19, al. 1, 1^o). En tout cas, il n'y

¹ *Supra*, p. 31, note 1.

aurait pas de concordat, ce qui autoriserait le tribunal à prononcer la faillite (art. 19, al. 1, 2°)¹.

SECTION PREMIÈRE

DU CONCORDAT

Le concordat ordinaire ou par abandon d'actif, n'importe, est l'objectif naturel de la procédure de liquidation judiciaire; c'est la solution la plus avantageuse pour le débiteur comme aussi la plus conforme au vœu de la loi.

Nous examinerons successivement la *formation*, les *effets* et les *causes d'extinction* du concordat.

¹ Mais c'est aller trop loin que de faire tomber *de plein droit* en faillite le débiteur dont la liquidation judiciaire serait close pour insuffisance d'actif. En effet, l'article 19, alinéa 1, ne confère au tribunal qu'une simple faculté (V° *infra*, pp. 408 et suiv.); et puis, déclarer la faillite n'est pas une solution, puisque cette faillite à son tour ne pourra pas continuer faute d'actif, ce ne peut être qu'un châtement : or l'homme honnête a droit d'autant plus à notre pitié qu'il se trouve davantage privé de ressources. Nous regrettons donc de voir la plupart des Tribunaux de commerce repousser le principe de la clôture pour insuffisance d'actif pour ces raisons : indignité du commerçant qui manque de quoi couvrir les frais des opérations; nécessité où se trouve le liquidateur de procéder de suite à l'inventaire, de prendre inscription etc.; obligation pour le greffier de faire les frais de convocation de quinzaine en quinzaine.

SOUS-SECTION PREMIÈRE

FORMATION

Cette formation est intéressante à esquisser tant dans la liquidation judiciaire des individus que dans celle des sociétés.

§ 1^{er}. — **Formation du concordat « dans la liquidation judiciaire de l'individu commerçant. »**

Outre les formalités préliminaires à la réunion spéciale, la conclusion d'un concordat simple ou par abandon d'actif réclame l'accomplissement de quatre conditions. Il faut :

- 1° Que le concordat soit voté à une double majorité ;
- 2° Qu'il soit signé séance tenante ;
- 3° Que le liquidé en soit digne ;
- 4° Que le concordat soit homologué par le tribunal de commerce (C. comm., art. 507-515 et 541, al. 2).

A. — *Vote avec double majorité.*

Les créanciers, réunis en assemblée sous la présidence du juge-commissaire, doivent voter à une double majorité les propositions de concordat que le liquidé vient de leur soumettre.

Quels sont ces créanciers admis à voter ? et en quoi consiste la double majorité qui est requise ?

I. — Les créanciers qui, dans une liquidation judiciaire, reçoivent le droit de prendre part au vote, sont absolument les mêmes que les créanciers appelés à voter dans une faillite; en conséquence, l'assemblée *délibérante* se compose en principe de tous les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision (L. 1889, art. 15, al. 1. — C. comm., art. 504, 1^{re} phr.).

Par exception, les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis d'un gage n'ont pas voix, en leur qualité, dans les opérations relatives au concordat, parce que, sans encourir de risque pour eux-mêmes, ils pourraient trop facilement se laisser aller à la concession d'un concordat qui réduise, dans une assez grande proportion, les droits des créanciers dépourvus de garanties semblables. Toutefois, comme les gages, privilèges ou hypothèques peuvent se trouver insuffisants, les créanciers qui en sont nantis ont le droit de voter, mais à la condition de renoncer à leurs sûretés et par conséquent de descendre au rang de simples créanciers ordinaires (C. comm., art. 508, al. 1).¹ Le fait même de voter impliquera de plein droit renonciation absolue (art. 508, al. 2)¹. •

¹ Riom, 9 févr. 1891 (*Gaz. Pal.*, 91, 1, 713). Toutefois, il faut que le votant soit capable de renoncer à sa sûreté, sinon elle survivrait (Trib. civ. Seine, 3 mai 1882, *J. Faill.*, 1882, 295; Aubry et Rau, t. V, § 539 bis; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2890). — La sûreté est perdue alors même que le concordat ne serait pas accordé (Trib. civ. Saint-Gaudens, 5 janv. 1887, *D.*, 87, 3, 55; Trib. civ. Seine, 17 mai 1887, *Gaz. Pal.*, 87, 1, 809; Rouen, 30 mars 1892, *J. Faill.*, 1893, 129; Alauzet, n° 2663; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2890). — A plus forte raison la sûreté serait perdue,

Mais le créancier, dont l'hypothèque ou le privilège se trouve contesté et qui de ce chef, nous le savons, est admis aux délibérations comme créancier ordinaire¹, peut-il voter tout en conservant le bénéfice de la garantie qui lui sera peut-être un jour reconnue ? Oui, car cette garantie n'a pas encore été agréée. Quant au créancier qui possède deux créances, l'une chirographaire et l'autre hypothécaire, il viendra voter au concordat pour sa créance devenue ou qui est chirographaire, sans perdre pour cela l'hypothèque garantissant la seconde². Il peut même, s'il a deux créances garanties par des sûretés réelles, renoncer à sa sûreté pour l'une d'elles et voter de ce chef au concordat³.

L'article 508 du Code de commerce, étant spécial aux sûretés réelles (privilèges, hypothèques ou gages), ne s'applique pas au cas où la créance se trouve garantie par une caution personnelle ou réelle ; le créancier peut donc, en principe tout au moins, prendre part au

si le concordat venait à être annulé (Sic Boistel, n° 1032. Contra Alauzet, n° 2664-2666 ; Bédarride, t. II, n° 544 ; Boileux sur Boulay-Paty, n° 558).

¹ *Supra*, p. 362.

² Cass. 22 juill. 1872 (S., 74, 1, 32). Pardessus, t. II, n° 1236 ; Renouard, t. II, p. 23 ; Boistel, n° 1033 ; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2898.

³ Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2892. Le créancier, qui renoncerait partiellement à l'hypothèque garantissant sa créance, serait-il autorisé à voter au concordat pour la partie de sa créance devenue chirographaire ? Non, la loi est absolue, on ne saurait devenir créancier mi-chirographaire et mi-hypothécaire (Sic Danjon, à son cours ; Pardessus, n° 1236 ; Renouard, t. II, pp. 22-23 ; Bédarride, t. II, n° 530. Contra Alauzet, n° 2660 ; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2892. Cf. Boistel, n° 1035).

vote sans avoir à renoncer à ces sortes de sûretés ni à redouter leur extinction comme conséquence de son vote¹.

Quoi qu'il en soit, ce n'est que pour acquérir *voix délibérative*, que les créanciers nantis de sûretés réelles doivent abdiquer leur condition avantageuse; en conséquence, rien n'empêche que, pour s'éclairer, ils assistent aux délibérations du concordat².

II. — L'intérêt des différentes questions qui précèdent consiste en ce que, pour le calcul de la double majorité, on ne tient aucunement compte des créanciers qui ne sont pas admis à voter.

Quelle est donc cette double majorité?

La Loi de 1889 exige l'une *en nombre* et l'autre *en sommes*; il faut en effet, pour l'adoption du concordat, la moitié plus un « *de tous les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision, représentant en outre les deux tiers de la totalité des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision. Le tout à peine de nullité* » (L. 1889, art. 15, al. 1).

Comme cette disposition est applicable à la faillite (L. 1889, art. 20, al. 1), l'article 507 du Code de commerce subit, par cela même, une certaine modification.

De la comparaison des textes il résulte, il est vrai,

¹ Lyon-Caen, *Précis*, t. II, nos 2893 et 2894; Boistel, n° 1035; Demangeat sur Bravard, t. V, p. 378.

² Cass., 26 août 1836 (S., 36, 1, 737) et 4 juill. 1855 (S., 56, 1, 40). Renouard, t. II, p. 26; Alauzet, t. VI, n° 2657.

que la majorité *en nombre* n'a pas changé depuis 1889 ; elle se comptait déjà en matière de faillite d'après le nombre des créanciers chirographaires vérifiés et affirmés, en y ajoutant ceux des créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis de gage, qui consentent à descendre au rang de simples chirographaires, les créanciers admis par provision, et ceux qui auraient été dûment vérifiés par jugement ultérieur. Sur ce point, il n'est pas de différence à signaler entre la faillite et la liquidation judiciaire.

Mais la majorité *en sommes* n'est plus la même. Autrefois, c'étaient les *trois quarts* du montant total des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision ; par exemple, à supposer quarante créanciers et 90,000 francs de dettes, le concordat devait être consenti par au moins vingt et un créanciers représentant 67,500 francs (C. comm., art. 507). Aujourd'hui, la loi exige seulement les *deux tiers* de ces créances, si bien que, dans notre exemple, le concordat nécessiterait l'adhésion minima de vingt et un créanciers représentant 60,000 francs. Par où l'on voit que le concordat est plus facilement voté de nos jours où la majorité en sommes se trouve inférieure à celle qui était requise par le passé. L'innovation a été motivée en ces termes par le rapporteur à la Chambre des députés : « Il peut arriver, et il arrive malheureusement souvent, qu'un créancier ait un chiffre de créances qui représente plus du quart du montant total du passif ; il tient alors entre ses mains le sort du débiteur et du concordat, et il lui suffit de dire non, pour que le concordat n'ait pas lieu. De plus, des coalitions peuvent se faire entre les por-

teurs d'obligations, créanciers d'une société anonyme, et, dans un intérêt de prudence, il nous l'a semblé du moins, nous avons dû modifier ainsi le *quantum* des majorités, etc... »¹.

Comme autrefois (C. comm., art. 507, al. 2), la majorité *en sommes* se calcule sur l'ensemble des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision, *que les créanciers soient ou non présents à l'assemblée*.

Mais l'ambiguïté des termes de l'article 507, alinéa 2, du Code de commerce, avait fait naître une controverse touchant la question de savoir si, pour le calcul de la

¹ Séance de la Chambre des Députés du 18 octobre 1888. Les raisons avancées par le rapporteur sont-elles absolument décisives? Nous n'oserions l'affirmer. Certains esprits les trouvent discutables (Lyon-Caen, *Manuel*, p. 816, note 1 *in fine*); d'autres vont même jusqu'à trouver « très regrettable » l'adoucissement qui a été consacré (Desjardins, *Rev. des Deux Mondes*, t. 90, 1^{er} nov. 1888, p. 155). — En *Espagne* il suffit, du moins pour la faillite commerciale, des trois cinquièmes en sommes en sus de la majorité en nombre (C. comm., art. 901). Plus sévères sont les autres législations. Ainsi, en *Belgique* (C. comm., art. 512), en *Italie* (C. comm., art. 821) et en *Allemagne* (L. de 1877, art. 169), la majorité des trois quarts en sommes est exigée. La loi *autrichienne* du 25 déc. 1868, art. 217, prescrit les deux tiers en nombre et les trois quarts en sommes; la loi *suisse* de 1889, article 305, et le Code de commerce *portugais*, article 730, les deux tiers en sommes comme en nombre: mais en outre, d'après cette dernière législation, le concordat n'est possible que si le dividende offert est d'au moins 50 %, avec paiement dans le délai maximum de cinq ans (art. 730, al. 2). En *Hongrie* il faut, d'une part, l'adhésion des deux tiers des créanciers, représentant au moins les quatre cinquièmes des créances donnant le droit de participer au vote (art. 212), et d'autre part que le dividende promis ne soit pas inférieur à 40 % (art. 200, al. 5).

majorité *en nombre*, il faut compter tous les créanciers chirographaires inscrits ou seulement les votants. Certains auteurs pensaient qu'il ne s'agissait que des créanciers présents et votants¹. D'autres, pour prévenir les majorités de hasard, exigeaient, ainsi que la jurisprudence, la majorité de tous les créanciers vérifiés et affirmés². Or, la Loi de 1889 est venue consacrer cette dernière doctrine en spécifiant que la majorité en nombre des créanciers doit se calculer sur « tous les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision, » peu importe dès lors qu'ils soient présents à l'assemblée ou absents (art. 15, al. 1).

Pour terminer nos explications relatives à la majorité en nombre, nous rappellerons certaines décisions, qui doivent être étendues de la faillite à la liquidation judiciaire.

Le droit de voter à l'assemblée du concordat constitue un droit individuel, en ce sens que le même créancier ne peut prétendre qu'à un seul suffrage, quels que soient le nombre, la quotité et la nature de ses créances; le fondé de pouvoirs de plusieurs créanciers possède autant de voix qu'il représente de mandants.

Le cessionnaire de plusieurs créances comprenant à

¹ Bordeaux, 21 mars 1865 (S., 65, 2, 252). Bédarride, t. II, n° 530; Laurin, nos 1123 et 1124; Alauzet, t. II, n° 2649; Pardessus, t. II, n° 1237; Esnault, n° 409.

² Paris, 7 août 1850 (D., 51, 2, 33); Metz, 22 déc. 1863 (S., 64, 2, 38); Cass. 7 janv. 1867 (S., 67, 1, 166). Adde Renouard, t. II, pp. 15 et 30; Bravard et Demangeat, t. V, pp. 391 et suiv.; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2896; Boistel, n° 1036.

l'origine autant de créanciers ne doit compter que pour une seule voix dans la majorité numérique ¹.

A l'inverse, si un créancier fractionne sa créance unique en la cédant par portions à différents individus, chacun de ces individus devenu cessionnaire aura-t-il une voix? Oui, si le cessionnaire a acquis la fraction de créance avant le jugement d'ouverture de la liquidation; non, s'il ne l'a acquise que postérieurement, parce que le jugement fixe la position des créanciers et celle du débiteur et qu'un créancier ne saurait, en divisant sa créance entre plusieurs cessionnaires (ses prête-noms peut-être), multiplier son vote au préjudice de la masse et du débiteur. La même distinction s'appliquerait, selon nous, aux héritiers d'un créancier ².

Enfin le représentant d'une personne morale n'a qu'une voix, celle de cette personne ³.

B. — *Signature du concordat séance tenante.*

Le vote des créanciers peut aboutir à trois résultats différents :

1° Ou bien aucune des majorités requises n'est réunie :

¹ Cass. 24 mars 1840 (D., 40, 1, 138). Bédarride, t. II, n° 534; Pardessus, t. II, n° 1236; Bravard et Demangeat, t. V, p. 388; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2898; Boistel, n° 1034. Cf. Renouard, t. II, p. 15.

² Sic Bravard et Demangeat, t. V, pp. 389-391; Boistel, n° 1034. Contra Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2898, et Laurin, n° 1125, d'après lesquels cessionnaires ou héritiers ont chacun une voix.

³ Paris, 19 mai 1882 (*J. Faill.*, 1882, p. 349). Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2897.

le concordat est définitivement rejeté, et une autre solution s'impose à la liquidation judiciaire.

2° Ou bien la double majorité est acquise au liquidé : le concordat est voté. C'est alors que, pour prévenir les corruptions à domicile, le concordat doit être signé séance tenante par les créanciers, et cela à peine de nullité (C. comm., art. 509, 1^{re} phr., et L. 1889, art. 24). La délibération peut néanmoins occuper plusieurs séances ; mais dans ce cas, ce que la loi exige, c'est que les signatures soient données à la séance même où le concordat est définitivement adopté¹. Le liquidé, le juge-commissaire et le greffier apposent également leur signature sur l'acte concordataire, lequel acquerra par ce fait même la force d'un acte authentique.

3° Ou bien l'une ou l'autre seulement des majorités est obtenue : rien n'est définitif. A huitaine est tenue une nouvelle assemblée des créanciers avertis par lettres à domicile et par insertions dans les journaux, et les résolutions prises ainsi que les adhésions données lors de la première réunion demeurent sans effet (C. comm., art. 509, 2^e phr.)². En conséquence, la composition de la nouvelle assemblée est en fait susceptible de différer de la première, le liquidé a le droit de modifier ses

¹ Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2899 ; Boistel, n° 1037.

² Cet article 509, 2^e phrase, se trouve simplement modifié en ce qui touche le calcul de la majorité en sommes (L. 1889, art. 20, al. 1). *Mais il ne saurait être consenti d'ajournement* ; cette pratique, introduite en matière de faillite, serait contraire au texte de la loi nouvelle, qui a fixé elle-même le délai pour la délibération sur le concordat (Voir Délibération du Tribunal de commerce de la Seine du 30 avril 1889).

anciennes propositions de concordat, les créanciers présents aux deux réunions sont autorisés à voter différemment. Mais le vote reste soumis aux mêmes majorités en nombre et en sommes, et, si elles ne sont pas atteintes toutes les deux, le concordat est irrévocablement écarté; dans le cas contraire, le concordat, pour être valable, doit être signé séance tenante.

C. — *Bonne foi du liquidé.*

La conclusion d'un concordat suppose tout à la fois l'honnêteté du débiteur en état de liquidation judiciaire et un sentiment de confiance de la part de ses créanciers.

On comprend dès lors que le liquidé, qui a été condamné comme banqueroutier frauduleux pour un fait se référant à sa liquidation judiciaire actuelle ¹, devienne indigne de la faveur du concordat (C. comm., art. 510, al. 1), et que son crime provoque, sur un rapport du juge-commissaire au Tribunal, la transformation de l'état de liquidation judiciaire en celui de faillite (L. 1889, art. 19, al. 2, 4^o) ².

La banqueroute simple, étant basée sur de simples imprudences ou négligences, ne fait pas obstacle à la formation du concordat (C. comm., art. 511, 1^{re} phr.); néanmoins, la condamnation du liquidé comme banqueroutier simple rendrait nécessaire la substitution de

¹ Boistel, n° 1038; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2908.

² Voir Délibération du Tribunal de commerce de la Seine, du 30 avril 1889.

la faillite à la liquidation judiciaire, toujours après un rapport du juge-commissaire au Tribunal (L. 1889, art. 19, al. 2, 4°).

Quand une instruction en banqueroute frauduleuse est ouverte au moment du vote de l'assemblée du concordat, les créanciers doivent être convoqués à l'effet de décider s'ils se réservent de délibérer sur un concordat, en cas d'acquiescement, et si, en conséquence, ils surseoient à statuer jusqu'après l'issue des poursuites (C. comm., art. 510, al. 2). Le sursis est donc obligatoire, à moins que les créanciers ne préfèrent rejeter immédiatement le concordat.

S'il y a poursuites commencées pour banqueroute simple, les créanciers *peuvent* également surseoir à la délibération sur le concordat, car l'issue du procès est de nature à modifier leur manière de voir (C. comm., art. 511, 2° phr.). Le sursis est ici purement facultatif, puisque les créanciers gardent la liberté de se prononcer de suite sur le concordat.

Dans l'une et l'autre hypothèse le sursis, en raison de sa gravité, doit être consenti à la majorité en sommes et en nombre qui est requise pour la validité du concordat, et en présence du liquidé ou lui dûment appelé (C. comm., art. 510, al. 3, et 511 *in fine*). Si, à l'expiration du sursis, le liquidé se trouve condamné comme banqueroutier simple ou frauduleux, c'est pour lui la faillite, et même, dans le second cas, l'impossibilité de devenir concordataire ; si au contraire il est acquitté, il y a lieu à délibérer sur le concordat et à voter d'après les règles que nous connaissons (C. comm., art. 510 *in fine*).

D. — *Homologation du concordat.*

Le concordat ne vaut, même au regard des créanciers qui l'ont signé, que s'il est homologué par le tribunal de commerce qui a prononcé l'ouverture de la liquidation (C. comm., art. 513, al. 1, et arg. L. 1889, art. 15, al. 2).

L'homologation doit être poursuivie par la partie la plus diligente, sans qu'il soit besoin d'assignation; en conséquence, il suffit d'une requête émanée, soit du liquidé, soit de l'un des liquidateurs, soit d'un ou de plusieurs créanciers ayant pris part au vote du concordat (C. comm., art. 513, al. 1)¹.

Le jugement sur l'homologation intervient au plus tôt après les huit jours qui suivent le concordat, c'est-à-dire à l'expiration du délai de huitaine accordé, pour faire opposition au concordat, aux créanciers ayant eu droit d'y concourir ou dont les droits ont été reconnus depuis (C. comm., art. 512, al. 1 et 2; art. 513, al. 1)². Si des oppositions ont été formées, le tribunal de commerce statue en même temps sur ces oppositions et sur l'homologation par un seul jugement. Lorsque l'opposition est admise, l'annulation du concordat est pronon-

¹ Trib. comm. Seine, 31 mars 1886 (*Loi*, 28 mai 1886).

² Trib. comm. Seine, 14 janv. 1886 (*Gaz. Trib.*, 9 févr. 1886). En ce qui concerne la faculté pour les intéressés de dénoncer au tribunal les vices du concordat, nous renvoyons à l'article 512 du Code de commerce : la procédure d'opposition est la même (L. 1889, art. 24).

cée à l'égard de tous les intéressés (C. comm., art. 513, al. 2 et 3).

Dans tous les cas, le jugement sur l'homologation doit être précédé d'un rapport du juge-commissaire sur les caractères de la liquidation et sur l'admissibilité du concordat (C. comm., art. 514). L'omission de cette formalité entraînerait la nullité du jugement¹.

Le tribunal est libre d'accorder ou de refuser l'homologation². En dehors du cas où il y a eu inobservation des formes prescrites à peine de nullité (par exemple art. 507 et 509 du Code de comm.), il jouit d'un pouvoir souverain, presque arbitraire, pour refuser l'homologation, soit dans l'intérêt public (condamnation du débiteur pour abus de confiance, escroquerie, etc.)³, soit dans l'intérêt des créanciers qui ont repoussé le concordat ou qui n'ont pu y prendre part (par exemple en cas de remises excessives faites au débiteur, etc...). Mais le droit du tribunal ne va pas jusqu'à pouvoir modifier le concordat dans ses termes ou dans ses conditions, parce qu'il ne peut pas s'immiscer dans la convention des parties (C. comm., art. 515)⁴.

Le jugement qui est rendu sur l'homologation reste susceptible d'appel (C. comm., art. 519 et 583). Le délai

¹ Renouard, t. II, p. 55; Boistel, n° 1039.

² Trib. civ. Tunis, 11 mai 1889 (*Loi*, 17 juill., 1889); Toulouse, 7 août 1889 (*Gaz. Midi*, 5 janv. 1890); Cass. 2 mai 1853 (S., 53, 1, 403).

³ Trib. civ. Tunis, 17 avril 1889 (*Loi*, 17 juill. 1889); Alger, 27 janv. 1879 (S., 79, 2, 238); Cass. 2 mai 1853 (S., 53, 1, 403).

⁴ Nancy, 6 juin 1846 (D., 46, 2, 198). Sic Boistel, n° 1039 *in fine*; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2905.

est de quinze jours à partir de la signification (C. comm., art. 582). Qui peut appeler ? Cela dépend. Si le jugement prononce l'homologation, les créanciers ayant formé opposition peuvent seuls appeler de la sentence; s'il n'y a pas eu d'opposant, l'appel n'est pas possible. Au contraire, lorsque les juges refusent d'homologuer le concordat, l'appel peut être interjeté par tout intéressé : liquidé, liquidateur ou créancier¹.

§ 2. — Particularités relatives à la formation du concordat
« dans la liquidation judiciaire des sociétés. »

Le principe qui régit la matière est différent suivant que la société jouit d'une vie propre ou qu'elle se trouve dissoute ou annulée.

A. — Sociétés « existantes. »

Le concordat simple et le concordat par abandon total ou partiel d'actif peuvent être consentis à toute société commerciale déclarée en état de liquidation judiciaire, que cette société soit en nom collectif ou en commandite (C. comm., art. 531), ou même qu'elle soit anonyme².

¹ Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 2906; Boistel, n° 1039 *in fine*.

² La légalité du concordat simple ou par abandon d'actif octroyé aux sociétés anonymes a été contestée, surtout parce qu'il n'y a pas là de personne physique dont il soit possible d'apprécier la

Ce sont les représentants légaux de la société qui soumettent les propositions de concordat à l'assemblée, tout comme le ferait un individu en liquidation judiciaire¹. De leur côté, les associés en nom collectif et les commandités peuvent eux aussi émettre des propositions semblables.

Qui aura le droit d'accepter les unes et les autres ?

La réponse à cette question nous conduit à une distinction nécessaire.

1° SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF ET EN COMMANDITE

S'agit-il du concordat sollicité au nom de la société par ses représentants, il est soumis aux seules délibérations de l'assemblée des créanciers sociaux. Suivant le droit commun, la société ne deviendra concordataire qu'à la double majorité en nombre et en sommes dont fait mention l'article 15, alinéa 1 de la Loi de 1889².

Est-ce au contraire l'un des associés responsables qui demande son propre concordat, il lui faut réunir cette double majorité dans une assemblée unique, composée

moralité. C'est une erreur ; car, d'une part, la loi reconnaît la possibilité d'un concordat par cela même qu'elle ne l'interdit pas (Demangeat, t. V, p. 676), et, d'autre part, le concordat présente de l'utilité en ce qu'il profite à la société considérée comme personne morale (V° en ce sens Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3126 et note du même auteur sous un arrêt de la Cour de Paris en date du 12 juillet 1869 (S., 1871, 2, 233) ; Boistel, n° 4040 ; Rousseau, n° 2040).

¹ *Supra*, pp. 253 et suiv.

² Demangeat, t. V, p. 680 ; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3127.

à la fois des créanciers sociaux et de ses créanciers personnels¹.

2° SOCIÉTÉ ANONYME

Dans les sociétés anonymes comme dans les commandites, il ne saurait être question d'accorder un concordat aux actionnaires ni aux commanditaires, puisqu'ils ne sont tombés ni en liquidation judiciaire ni en faillite.

Seule, la société peut solliciter un concordat de la majorité de ses créanciers.

Toutefois, si les statuts avaient prévu la liquidation judiciaire de la société et prohibé la possibilité d'un concordat, on devrait se soumettre à leurs prescriptions, parce que chacun a pu en avoir connaissance.

B. — Sociétés « dissoutes ou annulées. »

Aucune sorte de sociétés à la fois dissoutes ou annulées et en état de liquidation judiciaire ne peut se faire consentir de concordat *simple*. En effet, si une société dissoute ou annulée est susceptible de tomber en liquidation judiciaire, c'est parce qu'elle subsiste unique-

¹ Sic Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3127 ; Demangeat, t. V, p. 680 ; Boistel, n° 1040, p. 803. Cf. Renouard, t. II, pp. 139 et suiv., n° 5 ; Geoffroy, *Code pratique des faillites*, édit. 1853, p. 296 ; Mathieu Bodel, *Rev. de dr. franç. et étr.*, t. II, pp. 641 et suiv., d'après lesquels un concordat particulier supposerait deux votes successifs, c'est-à-dire la double majorité en nombre et en sommes : 1° des créanciers sociaux ; 2° des créanciers sociaux réunis aux créanciers personnels de cet associé (Pour la réfutation, v° Lyon-Caen, *Précis*, t. II, p. 922, note 2).

ment dans la mesure des besoins de sa liquidation, c'est-à-dire dans l'intérêt des créanciers¹. Or le concordat simple, c'est la continuation, la reprise des affaires pour l'avenir; il apparaît ainsi comme un obstacle à la liquidation, c'est-à-dire à la cessation de ces mêmes affaires. Du reste, l'existence d'une société dissoute ou annulée est purement fictive, en réalité la société n'existe plus; lui consentir un concordat simple serait prolonger son semblant d'existence au gré des créanciers, mais au détriment des actionnaires qui ont acquis un droit à sa liquidation actuelle. Pour ces motifs, la légalité du concordat simple accordé à une société annulée ou dissoute est généralement rejetée².

En est-il de même du concordat *par abandon d'actif*?

Quitte à sortir de la logique pour entrer dans certaines considérations de pur sentiment, nous admettrions volontiers que les créanciers sociaux d'une société en nom collectif ou en commandite, à la fois dissoute ou annulée et déclarée en liquidation judiciaire, puissent concéder à cette société un concordat par abandon d'actif. En cela, nous n'envisageons que l'avantage des associés et du gérant à qui un pareil traité profitera.

Mais, en ce qui concerne une société anonyme dissoute ou annulée, nous nous refusons à reconnaître la possibilité d'un concordat par abandon d'actif, pour le

¹ *Supra*, pp. 109 et suiv.

² Sic Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3134; Thaller, *Rev. crit.*, 1885, p. 297. Contra arrêt de la Cour de Lyon en date du 18 mars 1884 (*J. Faill.*, 1884, p. 195); mais le pourvoi formé contre cet arrêt a été admis par la Chambre des requêtes le 16 mars 1885. — En notre sens, Code italien, art. 853.

même motif qui nous a fait repousser à son endroit l'éventualité d'un concordat pur et simple. La dissolution d'une société anonyme entraîne sa liquidation, c'est-à-dire la cessation de ses affaires. Une telle société est sans doute réputée vivre, mais c'est pour mourir, et son liquidateur reçoit mission bien plutôt de la réduire à néant que de tenter la négociation d'un concordat par abandon d'actif qui puisse la ressusciter¹.

SOUS-SECTION II

EFFETS

D'une manière générale, l'homologation du tribunal de commerce a pour effet de rendre obligatoires les clauses du concordat vis-à-vis de la masse des créanciers sans exception, qu'ils aient été portés ou non au bilan, qu'ils aient été ou non vérifiés; sans quoi, si le concordat ne liait pas également tous les créanciers, ceux qu'il obligerait se trouveraient lésés (C. comm., art. 516 et 541, al. 3)². Les créanciers hypothécaires ou privilégiés conservent sans doute le droit de se faire payer intégralement sur les biens qui leur sont affectés;

¹ Sic Duvivier, pp. 213-215. Contra Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3134 et *Manuel*, p. 944, n° 1207; Thaller, *Rev. crit.*, 1885, p. 297, lesquels repoussent en notre matière le concordat pur et simple et admettent la légalité du concordat par abandon d'actif.

² Trib. civ. Seine, 11 août 1886 (*Droit*, 17 nov. 1886); 17 nov. 1886 (*J. Faill.*, 1887, p. 273); Cass., 22 juillet 1868 (S., 69, 1, 56).

néanmoins ils subissent les effets du concordat, lorsqu'ils se présentent comme créanciers chirographaires en cas d'insuffisance de leurs garanties (C. comm., art. 536)¹.

Nous laisserons de côté les effets *conventionnels* du concordat, variables à l'infini comme les circonstances qui les dictent, pour ne nous attacher qu'à ses effets *légaux*, tant dans la liquidation judiciaire des individus que dans celle des sociétés.

§ 1^{er}. — Effets dans la liquidation judiciaire
« des individus. »

Si la formation des concordats simple et par abandon d'actif obéit à des règles communes, leurs conséquences doivent être soigneusement distinguées.

A. — Effets du concordat « simple. »

Le concordat simple, dûment homologué, produit trois résultats importants :

1° Il impose certains sacrifices aux créanciers (C. civ., art. 1234) ;

2° Il rend aux créanciers leur droit de poursuites individuelles contre le liquidé, dans la mesure bien entendu où le permettent les clauses concordataires, et il con-

¹ Le concordat n'est pas opposable aux créanciers *de la masse* (V^o *supra*, p. 324). Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n^o 2924 ; Boistel, n^o 1042.

serve à chacun d'eux l'hypothèque légale accordée à la masse (C. comm., art. 517)¹ ;

3° Il fait complètement cesser les conséquences de la liquidation judiciaire sur les biens du liquidé.

Du droit qu'ont les créanciers de changer les termes de l'exigibilité des dettes par des délais ou d'en réduire la quotité par des remises, ainsi que de la dissolution de la masse, nous ne dirons pas un mot, nous contentant de renvoyer sur ces différents points aux règles admises en matière de faillite (L. 1889, art. 24).

Le seul effet, que nous voulions retenir, est que : « *Si le concordat est homologué, le tribunal déclare la liquidation judiciaire terminée* » (L. 1889, art. 15, al. 2, 1^{re} phr.).

Ainsi donc, le concordat simple clôt la liquidation judiciaire et, s'il est exécuté, il libère de ses dettes le commerçant.

Le dessaisissement partiel venant à cesser, le commerçant est remis d'une façon complète à la tête de ses affaires; il devient à même de refaire sa fortune, et pour cela il reprend exactement la situation de droit commun qu'il occupait avant le jugement d'ouverture de liquidation : il recouvre le droit absolu d'administrer ses biens, d'en disposer à sa guise, de contracter de nouvelles dettes, de compromettre, de traiter à forfait, etc. Les actes éteints par la liquidation revivent; et même les actes, que le débiteur a passés depuis le

¹ A cet effet, les liquidateurs feront *inscrire* (transcrire) aux hypothèques le jugement d'homologation, à moins qu'il n'en ait été décidé autrement par le concordat (C. comm., art. 517 *in fine*).

jugement d'ouverture sans se faire assister comme de droit, deviennent valables, sauf le cas de fraude donnant lieu à l'application de l'action Paulienne (C. civ., art. 1167). Les incapacités du débiteur subsistent seules dans leur intégralité, jusqu'à ce que la réhabilitation, qui suppose l'entier acquittement des dettes en principal, intérêts et frais, enlève un jour ces derniers stigmates de la justice¹.

La cessation du dessaisissement partiel met un terme aux pouvoirs des contrôleurs, des liquidateurs et du juge-commissaire.

Toutefois, comme le jugement d'homologation est susceptible d'appel et qu'il peut être réformé, les fonctions des liquidateurs ne prendront fin qu'après que le jugement sera passé en force de chose jugée (C. comm., art. 519, al. 1). Les liquidateurs rendront au liquidé leur compte définitif en présence du juge-commissaire qui l'arrêtera, dressera procès-verbal et n'aura plus de mission à remplir. En cas de contestation touchant la reddition de comptes des liquidateurs, le tribunal de commerce serait appelé à statuer (C. comm., art. 519, al. 2, 3 et 4).

B. — *Effets du concordat « par abandon d'actif. »*

Lorsque la liquidation judiciaire aboutit à un concordat par abandon total ou partiel d'actif, dûment homologué², le débiteur reprend toute sa capacité contrac-

¹ *Supra*, pp. 238 et 239.

² Le fait sera sans doute rare, étant donné qu'il se produit en matière de faillite dans une proportion de 4 %.

tuelle, il est remis à la tête de ses affaires et ne court aucun risque d'être inquiété par les créanciers de la liquidation, soit pour les biens qu'il acquerra dans l'avenir, soit même pour ceux qui ont pu lui être laissés. Les déchéances résultant de l'état de liquidation, ainsi qu'une obligation naturelle envers ses anciens créanciers subsistent seules contre le débiteur, qui ne s'en dépouillera jamais, à moins qu'il ne tienne à profiter de la réhabilitation.

Il y a, disons-nous, libération immédiate pour le liquidé. Le concordat par abandon d'actif ne clôt pourtant pas, à proprement parler, la liquidation; car il reste à réaliser, dans l'intérêt des créanciers, un actif au regard duquel le dessaisissement partiel du liquidé se transforme en un dessaisissement définitif.

C'est que « *les opérations de réalisation et de répartition de l'actif abandonné se suivent conformément aux dispositions de l'article 541 du code de commerce* », c'est-à-dire d'après les règles appliquées en cas d'union (L. 1889, art. 15, al. 2, 4^e phr.)¹.

Les liquidateurs, qui s'étaient bornés jusqu'ici à assister le liquidé, reçoivent, en vertu de ce renvoi, des pouvoirs plus larges pour réaliser *eux-mêmes* l'actif dont il est fait abandon : *ils deviennent de véritables syndics, représentant la masse des créanciers*; la transformation paraît d'autant plus naturelle que le débiteur n'est vraiment pas en position de tenir la balance égale entre les divers

¹ En effet, l'article 541 du Code de commerce renvoie lui-même aux articles 529, alinéas 2 à 4; 532 à 536; 537, alinéas 1 et 2,

créanciers (C. comm., art. 532, al. 1)¹. On conçoit, dès lors, que les créanciers, dans la séance même du concordat, « *soient consultés sur le maintien ou le remplacement des liquidateurs et des contrôleurs* », et qu'après cet avis qui est souverain relativement aux contrôleurs, « *le tribunal statue sur le maintien ou le remplacement des liquidateurs* » (L. 1889, art. 15, al. 2, 2° et 3° phr.).

Enfin, une fois les opérations de liquidation terminées, les créanciers sont convoqués par le juge-commissaire (C. comm., art. 537, al. 1). Dans cette dernière assemblée, les liquidateurs donnent connaissance de l'état de leurs frais et indemnités, taxés par le juge-commissaire². Mais, comme la fixation par le juge-commissaire peut se trouver entachée de complaisance, l'état est déposé au greffe pour être au besoin vérifié par les intéressés. Le liquidé et les créanciers sont à même de former opposition au paiement de la taxe, à la condition d'agir *dans les huit jours du dépôt du compte au greffe*. Il est ensuite statué sur l'opposition par le tribunal en chambre de conseil (L. 1889, art. 15, al. 3, et C. comm., art. 537, al. 2).

Cette manière de procéder a paru au législateur tellement efficace pour prévenir le retour de nombreux

¹ Lyon-Caen, *Manuel*, n° 1198 p ; Trib. civil de la Seine, 29 nov. 1890 (*Gaz. Pal.*, 1890, 2, 605).

² En termes plus explicites, les liquidateurs présentent au juge-commissaire, pour faire taxer leurs frais et honoraires, une requête accompagnée d'une note justificative, et le juge-commissaire statue par une ordonnance. L'état des frais et indemnités doit être rédigé sur papier timbré et avoir été enregistré avant l'assemblée de reddition de comptes.

abus, qu'il l'a prescrite dans tous les cas où il y a lieu à reddition de comptes par les liquidateurs (L. 1889, art. 15, al. 4)¹, et qu'il en a même étendu l'application à l'état de faillite (art. 20, al. 1).

§ 2. — Effets dans la liquidation judiciaire
« des sociétés. »

Les différents effets que nous venons de relever se produisent également dans l'hypothèse d'un concordat consenti à une société anonyme; cette société reprend ses affaires et se trouve libérée, soit par le paiement des dividendes fixés au concordat, soit par l'abandon partiel ou total de son actif qui sera ensuite réalisé.

Une particularité intéressante peut naître dans les sociétés de personnes. Si la société et chacun des associés parviennent à se faire octroyer un concordat, tout est bien. Mais il n'y a pas là indivisibilité de situation, d'autant que nous savons que les uns peuvent tomber en faillite et les autres bénéficier de la liquidation judiciaire². C'est pourquoi, suivant les circonstances, on verra la société obtenir un concordat à l'exclusion d'un ou de plusieurs associés, comme aussi l'un ou plusieurs des associés en être gratifiés à l'exclusion de la société; ces deux hypothèses méritent quelques développements.

¹ *Supra*, p. 271.

² *Supra*, pp. 179 et suiv.

A. — *Un concordat est accordé à la société et non aux associés ou à certains d'entre eux.*

Ce premier cas est dû à la différence de composition des assemblées délibérantes¹. La masse des créanciers sociaux a été d'avis d'un concordat pour la société, tandis que les créanciers personnels d'un associé, voulant refuser un concordat à leur débiteur, ont empêché que la double majorité requise puisse se rencontrer.

La liquidation judiciaire de l'associé non concordataire va donc conduire, soit à la continuation des opérations de liquidation, soit à la faillite.

D'autre part, le concordat pur et simple (nous prenons le plus usuel) consenti à la société profite à tous les associés en nom collectif, aux commandités et même, aux commanditaires immiscés, en ce sens que les créanciers sociaux ne pourront pas réclamer à chaque associé plus que la part de leur créance restée dans la société. « Le concordat est alors accordé virtuellement aux associés individuellement; il est naturel de supposer qu'en votant le concordat les créanciers sociaux ont considéré la conduite personnelle de chaque associé »². Mais, comme les créanciers personnels des associés se trouvent éliminés du vote sur le concordat à consentir à la société, il faut admettre que les associés ne peuvent leur opposer le concordat qui a été accordé à la société

¹ *Supra*, pp. 388 et 389.

² Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3429. Cass., 5 déc. 1864 (D., 1865, 1, 15). Adde Boistel, n° 1040.

par les créanciers sociaux; ce n'est que vis-à-vis des créanciers sociaux qu'un pareil concordat profite aux associés¹. Ainsi, le créancier personnel d'un associé, fût-il en même temps créancier de la société; conserve le droit de poursuivre personnellement l'associé, son débiteur².

B. — *Un concordat est refusé à la société et consenti à un ou plusieurs associés.*

Le fait qu'un associé obtienne un concordat à l'exclusion de la société (C. comm., art. 531, al. 1), trouve encore son explication naturelle dans l'adjonction de la masse des créanciers personnels de cet associé à la masse des créanciers sociaux : vraisemblablement ce sont les premiers qui ont déterminé la majorité favorable à l'associé.

Dans cette hypothèse, le concordat pur et simple accordé à un ou plusieurs associés aura pour premier résultat de leur restituer la libre disposition de leurs biens personnels.

Et, puisque les imprudences ou les indécatesses du gérant de la société en nom collectif ou en commandite ont amené les créanciers sociaux à refuser un concordat simple à la société, l'actif social, qui comprend les apports réalisés ou non réalisés des associés concordataires et de leurs coassociés, sera soumis, soit à la continuation des opérations de liquidation, soit au régime de la faillite.

¹ Cass., 7 janv. 1873 (D., 1873, 1, 257).

² Paris, 7 nov. 1860 (T. C., 10, 59).

D'où la conséquence que c'est sur leurs biens propres, et non sur l'actif social qui ne leur appartient pas et se trouve soumis à un régime différent, que les associés concordataires devront acquitter les dividendes promis (C. comm., art. 531, al. 2)¹.

L'associé concordataire reçoit en second lieu le bénéfice d'être « *déchargé de toute solidarité* » (C. comm., art. 531, al. 3). Cela signifie que, après avoir acquitté les dividendes stipulés, l'associé concordataire est libéré des dettes sociales, alors même que les créanciers sociaux ne seraient pas intégralement désintéressés au moyen des dividendes retirés de l'actif social et des liquidations judiciaires ou faillites des autres associés. Le concordat toutefois ne modifie pas les effets de la solidarité dans les rapports du concordataire avec ses coassociés : le concordataire est dès lors en butte au recours de son coassocié qui a payé au delà de sa part dans les dettes sociales. Seulement, comme ce recours ne doit pas être exercé au préjudice des créanciers sociaux, les biens du concordataire seront affectés au paiement des dividendes promis aux créanciers sociaux avant que les coassociés, qui demeurent obligés pour le tout envers eux, puissent recourir sur ces mêmes biens. La solution opposée aboutirait à faire profiter de la décharge de la solidarité des personnes autres que celles qui l'auraient obtenue².

¹ Demangeat, t. V, p. 682; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3128.

² Namur, t. III, n° 1906; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3128 *in fine*.

SOUS-SECTION III

CAUSES D'EXTINCTION

En principe, le concordat simple ou par abandon d'actif est irrévocable, et sa fin normale réside dans l'exécution des engagements que le liquidé a consentis.

Mais, pour qu'il en soit ainsi, on doit supposer que toutes les formalités que nous connaissons, notamment l'homologation de la part du tribunal, ont bien été observées; car, « *sont nuls et sans effet, tant à l'égard des parties intéressées qu'à l'égard des tiers, tous traités ou concordats qui, après l'ouverture de la liquidation judiciaire, n'auraient pas été souscrits dans les formes ci-dessus prescrites* » (L. 1889, art. 16)¹. Il va de soi que la majorité ne puisse lier la minorité en dehors des conditions prévues; mais la loi va plus loin: elle annule même *l'arrangement* qui serait intervenu, en dehors des règles qu'elle édicte, entre le liquidé et l'unanimité de ses créanciers. Nous rencontrons là une différence manifeste entre la liquidation judiciaire et la faillite; en effet, est valable en principe tout contrat postérieur à

¹ Trib. comm. d'Avesnes, 14 janvier 1891 (*La Loi* du 4 février 1891); Trib. comm. d'Angoulême, 9 mai 1891 (Recueil de Bordeaux, 1891, 2, 78). Les mots: «..... tous *traités* ou *concordats* » forment un pléonasme qu'il est bon de retrancher. De plus, qu'il nous soit permis d'émettre qu'à l'expression très impropre de: « *concordats amiables* » nous préférons celle de: « *concordats d'attribution* » qui est la seule vraie.

l'ouverture de la faillite, pourvu qu'il ait été passé entre le failli et *tous* ses créanciers¹.

Le concordat, qui suit une liquidation judiciaire, est en outre soumis à l'influence des mêmes causes qui le font tomber en matière de faillite : il disparaît par suite d'annulation, de résolution ou de survenance d'une nouvelle liquidation judiciaire. Pour les détails que comportent ces différents points, nous rendons purement et simplement la parole au Code de commerce (art. 518, 520-526 et 541, al. 3). Nous ajoutons seulement que l'annulation ou la résolution du concordat ne ferait pas retomber le liquidé dans sa situation primitive, c'est-à-dire en état de liquidation judiciaire ; c'est un nouvel état, la faillite, qui commencerait pour lui avec tous ses effets (L. 1889, art. 19, al. 2, 3°).

SECTION II

DE LA LIQUIDATION DE L'ACTIF

Le concordat est, nous l'avons déjà dit, l'issue préférée du législateur ; il constitue pourtant, dans une liqui-

¹ Sic (semble-t-il) Lyon-Caen, *Manuel*, p. 932, n° 1198^a. Contra Boistel, p. 4207, lequel, s'appuyant sur ce que la loi ne parle que des *traités* ou *concordats*, et les nullités devant s'entendre restrictivement, ne pense pas que la nullité de l'article 46 frappe les *conventions* proprement dites consenties à l'unanimité par les créanciers. « Ces conventions, dit-il, ne peuvent s'appeler proprement des *traités* ou des *concordats*. »

dation judiciaire, un point moins essentiel que dans toute faillite : car, à la différence du failli qui, en l'absence de concordat, subit *de plein droit* l'état d'union (C. comm., art. 529, al. 1), le liquidé non concordataire n'entre pas nécessairement en faillite, il peut, au gré du tribunal de commerce, bénéficier d'une procédure que nous dénommerons « *la Liquidation de l'actif.* »

Cette solution mixte trouve sa raison d'être aussi bien dans les liquidations judiciaires d'individus commerçants que dans celles des sociétés en nom collectif, en commandite ou anonymes, peu importe que ces sociétés aient été dissoutes ou annulées.

Il se peut, en effet, que l'échec du concordat soit une manière de représailles de la part de quelques créanciers ou même d'un créancier considérable, vexés de n'avoir pas obtenu du commerçant des avantages privés durant la période critique de ses affaires. Cet échec peut encore être dû à l'obligation qu'imposaient aux juges certains motifs particuliers de refuser l'homologation, bien que par ailleurs la bonne foi du commerçant n'ait jamais été un seul instant mise en doute. Une solution intermédiaire entre le concordat et la faillite devait donc être créée, comme moyen de tempérer l'opposition systématique de plusieurs créanciers ou le regret du tribunal de ne pouvoir homologuer le concordat¹.

¹ Les auteurs du projet primitif n'avaient pas conçu de solution mixte : répartissant les commerçants hors d'état de faire face à leurs obligations en débiteurs honnêtes, pour qui un traité serait chose facile avec leurs créanciers, et en débiteurs indignes d'intérêt, ils destinaient aux uns la liquidation judiciaire et aux

Lorsque la tentative de concordat n'aboutit pas, le juge-commissaire soumet au tribunal, avec un rapport, le procès-verbal de la réunion, pour faire statuer sur le point de savoir si la faillite sera déclarée, ou bien si le débiteur devra tomber dans cette situation qui résulte de la continuation de la liquidation judiciaire.

Le tribunal conserve à ce sujet un pouvoir d'appréciation absolu ¹.

Si la faillite n'est pas prononcée, la liquidation judiciaire continue. Les créanciers sont alors immédiatement convoqués pour donner leur avis sur le maintien ou le renouvellement des liquidateurs et des contrôleurs. Le tribunal statue sur le maintien ou le renouvellement des liquidateurs. Et la réalisation et la répartition des biens s'opèrent « *conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 15 de la présente loi* » (L. 1889, art. 19, al. 1, 2^o, 2^o phr.). Or, comme l'article 15, alinéa deuxième, invite à se reporter à l'article 541 du Code de commerce ², il se produit, non pas, comme le renvoi le donnerait à penser, un véritable concordat par abandon d'actif imposé à des créanciers qui ne l'auraient pas voté, mais une sorte de concordat par abandon d'actif

autres la faillite avec l'union pour conséquence inévitable; le liquidé qui manquait son concordat leur semblait avoir été admis à tort au bénéfice de la liquidation judiciaire. Il y avait dans cette appréciation de la loyauté du débiteur une injustice, qui fut heureusement corrigée plus tard par le Sénat (V^e premier rapport de la Commission du Sénat, annexé au procès-verbal de la séance du 24 déc. 1888, pp. 17 et 18).

¹ Paris, 19 nov. 1890 (*J. des Trib. comm.*, t. XL, p. 483) et 19 déc. 1891 (*D.*, 1892, 2, 132).

² *Supra*, p. 395.

dû à la considération des juges envers la bonne foi du débiteur¹.

En conséquence, les biens du liquidé seront vendus et le prix en sera distribué aux créanciers par les liquidateurs qui, dans la circonstance, prendront un rôle actif et *se comporteront en véritables syndics* (C. comm., art. 532, al. 1)². Le liquidé recouvrera la liberté de gérer seul un nouveau patrimoine, et, en attendant des jours meilleurs, il aura évité les déchéances attachées à la qualification déshonorante de failli, pour n'encourir que l'incapacité d'être nommé à une fonction élective ou d'en conserver l'exercice; mais il ne sera pas libéré après la vente de ses biens et *il retombera sous le coup des poursuites individuelles de ses créanciers*³.

¹ Sic Labori (*Répertoire encyclopédique du Droit français*, t. VII, édit. 1893, n° 868, pp. 392 et 393).

² *Supra*, p. 395. En particulier, les liquidateurs auront, par application de l'article 471 du Code de commerce, le droit de se faire remettre la correspondance du liquidé; de même les livres de commerce devront leur être remis pour les besoins de la réalisation. — Contra Labori (*eod.*, n° 868, p. 393, 1^{re} col.), d'après lequel « *les liquidateurs assistés du débiteur* rempliront le même rôle que jouent les syndics... » Cette manière de voir nous semble critiquable à deux points de vue : attribuer le rôle de syndic au *liquidateur assisté* du débiteur, c'est oublier que l'*assisté* dans une liquidation judiciaire est le *débiteur*, et non pas le liquidateur (*supra*, pp. 242-274 et 314-333 *passim*); en second lieu, ne pas écarter le débiteur de la liquidation de son actif, c'est ne tenir aucun compte du renvoi que fait le législateur dans l'art. 49 al. 1, 2°, et en vertu duquel on n'est plus dans la donnée de la liquidation judiciaire.

³ Là nous semble la différence à établir, au point de vue de la condition du liquidé, entre le *Concordat par abandon d'actif* et la *Liquidation de l'actif*.

SECTION III

DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE

La liquidation judiciaire est une faveur et, comme toute faveur, elle doit pouvoir être retirée au bénéficiaire, qui à tort en a été jugé digne. Le tribunal accueillera facilement la requête, si *a priori* ce dernier ne lui paraît pas un coquin; mais, comme les premiers éléments d'information peuvent lui inspirer une indulgence que réprouvent plus tard, au cours de la procédure, l'examen des livres et les observations des créanciers, il possède le droit de mettre le liquidé en faillite pour des faits tels que, s'il les avait connus, il n'aurait pas ordonné la liquidation judiciaire ¹.

¹ La possibilité de la conversion d'une liquidation judiciaire en faillite modifie la définition et les conditions d'existence de la faillite. En effet, le Code de commerce et la Loi de 1838 avaient défini la faillite « *l'état de tout commerçant qui cesse ses paiements* » (art. 437, al. 1). Sous l'empire de la législation de 1889, la faillite est l'état d'un commerçant ou d'une société commerciale qui, ayant cessé ses paiements, n'a pas été admis au bénéfice de la liquidation judiciaire ou qui, après l'avoir obtenu, a subi la conversion de son état de liquidé en celui de failli. En conséquence, pour être en faillite, un individu ou une société doit : 1° être ou avoir été commerçant; 2° s'être trouvé à ce moment-là en état de cessation de paiements; 3° n'avoir pas demandé la liquidation judiciaire, — ou bien, l'ayant demandée, n'y avoir pas été admis, — ou bien, après l'avoir obtenue, en avoir été privé; 4° enfin avoir encouru un jugement déclaratif de faillite,

La déclaration de faillite est évidemment la solution la plus défavorable au liquidé; elle est commune aux individus et aux sociétés en nom collectif, en commandite ou anonymes : toutes ces sociétés peuvent voir leur liquidation judiciaire être transformée en faillite, peu importe qu'elles aient été dissoutes ou annulées.

Cette mise en faillite n'existe jamais de plein droit, elle est prononcée par un jugement du tribunal de commerce rendu, soit d'office sur un rapport du juge-commissaire, soit sur la poursuite d'un ou de plusieurs créanciers (L. 1889, art. 19, 1^{re} phr.)¹. Le jugement de conversion doit être publié comme tout jugement déclaratif de faillite (C. comm., art. 442).

C'est la faillite du liquidé qui est prononcée; par conséquent, si le tribunal de commerce, après avoir admis les héritiers au bénéfice de la liquidation judiciaire, vient à déclarer la faillite, c'est la faillite du *de cujus* que visera le jugement déclaratif, et non pas celle des héritiers.

Nous examinerons les cas où la liquidation judiciaire aboutit à une déclaration de faillite et les conséquences qu'entraîne cette déclaration.

¹ Paris, 14 mars 1890 (S., 91, 2, 4; D., 90, 2, 79). Trib. comm. Marseille, 23 janv. 1890 (*J. des Faill.*, 1890, p. 280) et 7 juillet 1890 (*J. des Faill.*, 1891, p. 46). — Si le jugement de conversion ne se prononce pas sur la date de la cessation des paiements, cette date est, provisoirement au moins, celle fixée par le jugement déclaratif (Cass., 30 nov. 1891, *J. des Faill.*, 1892, p. 5).

SOUS - SECTION PREMIÈRE

CAS DE TRANSFORMATION

La faillite est, suivant la nature des faits contestés, tantôt *facultative*, tantôt *obligatoire* ¹.

§ 1^{er}. — Cas de retrait facultatif.

« La faillite d'un commerçant admis au bénéfice de la liquidation judiciaire PEUT ÊTRE DÉCLARÉE..... :

1° S'il est reconnu que la requête à fin de liquidation judiciaire n'a pas été présentée dans les quinze jours de la cessation des paiements ;

2° Si le débiteur n'obtient pas de concordat » (art. 19, al. 1, 1° et 2°).

A. — Hypothèse de la présentation tardive de la requête à fin de liquidation judiciaire.

Il est à peine besoin de mentionner que le cas de retard dans le dépôt de la requête à fin de liquidation judiciaire se produira très fréquemment, car la date de la cessation certaine des paiements n'est pas toujours facile à connaître ².

¹ Cass., arrêt du 5 juin 1893 (*Gaz. Pal.*, 24 juin 1893),

² *Supra*, pp. 113 et suiv.

Le législateur a laissé au tribunal la liberté d'apprécier s'il convient ou non de déclarer la faillite¹, et il a eu raison : un léger retard peut être en effet la marque de l'indignité du débiteur au jour où il a esquivé la faillite, comme en revanche il n'est pas la preuve péremptoire de ses intentions dolosives.

En tout cas l'appréciation, qui est ici reconnue aux juges, ne porte aucune atteinte au caractère absolu de la règle de l'article 2, alinéa 1, touchant le délai dans lequel la demande à fin de liquidation judiciaire doit être présentée ; nous avons suffisamment démontré, croyons-nous, que la forclusion, attachée de plein droit à l'expiration du délai de la requête par cet article, n'est nullement incompatible avec la faculté, qui est accordée aux juges par l'article 19, alinéa 1, 1°, de ne point convertir la liquidation judiciaire en faillite, bien qu'il soit avéré que la requête n'ait pas été déposée dans les quinze jours de la cessation de paiements².

Le tribunal déterminera son opinion sur la bonne foi du débiteur et sur l'existence de la cessation de ses paiements d'après tous faits et documents quelconques, même au moyen de simples présomptions (arg. des mots : « *s'il est reconnu que.....* »).

La décision des juges pourra, bien entendu, être déférée en appel, mais non en cassation.

¹ Cour de Besançon, 18 janvier 1893 (*Gaz. Pal.*, 1893, 2, 37).

² *Supra*, pp. 126 et suiv.

B. — *Hypothèse du rejet d'un concordat.*

Le droit, laissé dans cette seconde hypothèse au tribunal, de maintenir la liquidation judiciaire ou de la convertir en faillite se justifie très naturellement encore : l'échec de la tentative de concordat peut être dû à l'indignité du débiteur¹, comme aussi à l'hostilité systématique des créanciers ou à la nécessité qui s'impose au tribunal de refuser l'homologation pour des motifs étrangers à la conduite du débiteur².

§ 2. — Cas de retrait obligatoire.

« Le tribunal DÉCLARE la faillite à toute période de la liquidation judiciaire :

1° Si, depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur a consenti l'un des actes mentionnés dans les articles 446, 447, 448 et 449 du code de commerce, mais dans le cas seulement où la nullité aura été prononcée par les tribunaux compétents ou reconnue par les parties ;

2° Si le débiteur a dissimulé ou exagéré l'actif ou le passif, omis sciemment le nom d'un ou de plusieurs créanciers, ou commis une fraude quelconque, le tout sans préjudice des poursuites du ministère public ;

3° Dans les cas d'annulation ou de résolution du concordat ;

¹ *Supra*, pp. 383 et suiv.

² *Supra*, p. 403,

4° *Si le débiteur en état de liquidation judiciaire a été condamné pour banqueroute simple ou frauduleuse »* (L. 1889, art. 19, al. 2).

Reprenons ces différentes causes de faillite, qui toutes, sauf quelques applications malheureuses, se ramènent à la fraude ou tout au moins à la faute lourde du liquidé.

A. — « *Si, depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur a consenti l'un des actes mentionnés dans les articles 446, 447, 448 et 449 du code de commerce, mais dans le cas seulement où la nullité aura été prononcée par les tribunaux compétents ou reconnue par les parties* » (art. 19, al. 2, 1°).

Il est infiniment regrettable d'entendre le législateur parler de période suspecte et d'actes nuls à propos d'une institution qui, à la différence de la faillite, est le prix de la bonne foi; nous n'avons rien à retrancher de la critique longue et sévère que nous avons faite à ce sujet¹.

Mais enfin, puisque le législateur a admis l'existence éventuelle d'une période suspecte en matière de liquidation judiciaire, il faut, bon gré mal gré, reconnaître la possibilité d'un jugement de report et, même sans cela, la possibilité de jugements d'annulation. Le débiteur, qui se met en mauvais cas, se crée une présomption de malhonnêteté qui doit le priver du bénéfice de la liquidation judiciaire. Comme il n'y a là cependant qu'une présomption de fraude et d'indignité, la conver-

¹ *Supra*, pp. 164-170

sion en faillite n'est déclarée qu'autant que la nullité des actes incriminés « *a été prononcée par les tribunaux compétents ou reconnue par les parties* ¹. »

Les rédacteurs de la Liquidation judiciaire, en sanctionnant tout d'une pièce « *les actes mentionnés dans les articles 446, 447, 448 et 449 du code de commerce* », ont fait passer la théorie du *bloc* dans la façon de confectionner les lois ; il en résulte que, si le renvoi aux articles 446 et 447 est à peu près irréprochable en soi, celui qui vise les articles 448 et 449 ne se comprend au contraire pas du tout.

Si nous prenons par exemple l'hypothèse d'une constitution de dot traitée par la jurisprudence comme un acte à titre onéreux, en quoi le maintien de cet acte aux termes de l'article 447, c'est-à-dire à raison de la bonne foi du tiers qui ignorait la cessation des paiements, diminue-t-il la faute du débiteur ? En rien, n'est-ce pas. Eh bien ! le retrait de la liquidation judiciaire ne sera pourtant plus obligatoire ².

Relativement à l'article 448, il est certain que le législateur a entendu viser seulement les deux alinéas

¹ V^o Rapport Laroze, n^o 2761, annexé à la séance du 9 juin 1888, p. 44. Les mots : « *ou reconnue par les parties* » s'appliquent seulement aux *nullités de droit* ; ils seraient incompréhensibles s'ils visaient aussi les nullités facultatives, car « les juges seuls peuvent créer ces nullités facultatives, et il n'appartient pas aux parties de reconnaître spontanément à leurs actes un caractère de nullité, lorsque la loi ne l'y attache pas d'une façon absolue et impérative » (Labori, *op. cit.*, p. 387, n^o 788 *in fine*).

² Boistel, p. 1198 ; Lyon-Caen, *Manuel*, pp. 934 et 935 n^o 1198^w. La faillite pourrait être, il est vrai, prononcée en vertu de l'alinéa 2, 2^o, où il est parlé d'une « *fraude quelconque*, »

derniers de cet article, par conséquent le cas où une inscription de privilège ou d'hypothèque est annulée pour avoir été prise tardivement par le créancier. Il arrivera certes souvent que le retard apporté par le créancier à la prise de son inscription dépende, à n'en pas douter, d'une entente frauduleuse avec le débiteur; dans de telles conditions, la conversion de l'état de liquidation en celui de faillite s'imposera comme une juste nécessité. Mais il est possible aussi qu'il n'y ait eu aucune collusion, et que l'inscription soit annulée, bien que le débiteur n'ait pas « *consenti* » à sa prise tardive (arg. texte cité); en pareil cas, transformer la liquidation en faillite *par cela seul qu'il y aurait annulation* serait rendre, contrairement aux lois de l'équité, le débiteur responsable d'une négligence uniquement imputable au créancier privilégié ou hypothécaire¹ !

Enfin, il est permis de se demander dans quelle hypothèse *l'annulation d'un acte* pourra commander la transformation de la liquidation en faillite *aux termes de l'article 449* ! Voilà un effet de commerce qui est acquitté sans protêt, le jour de son échéance, par un commerçant en état de cessation de paiements; dès lors la masse est autorisée à diriger une action en rapport contre le tireur de la lettre de change ou contre le preneur du billet à ordre. Mais le dernier porteur de l'effet conserve la somme qu'il a touchée; c'est donc que le paiement consenti par le débiteur reste valable et,

¹ Rataud, à son cours; Bailly, p. 49, note 3 *in fine*; Boistel, p. 4198; Laurin, p. 47; Lyon-Caen, *Manuel*, p. 934, n° 4198^w.

puisqu'aucune nullité n'est prononcée (arg. texte cité), il semble bien que jamais, dans l'hypothèse de l'article 449, le tiré ou le souscripteur d'un billet à ordre ne puisse voir la faillite succéder à sa mise en liquidation judiciaire¹.

B. — « *En cas de fraude quelconque commise par le débiteur, notamment au cas de dissimulation de tout ou partie de l'actif, — d'exagération du passif, — ou bien encore d'omission volontaire du nom d'un ou de plusieurs créanciers dans la liste à joindre au bilan, le tout sans préjudice des poursuites du ministère public* » (art. 19, al. 2, 2°).

Notre rédaction, quelque peu différente de celle qui figure au texte de la loi, contient, selon nous, l'avantage de mettre en relief le caractère très général de cette nouvelle cause de faillite obligatoire. Malgré l'énumération qu'il renferme, l'alinéa n'est point limitatif : il suffit d'avoir « *commis une fraude quelconque* » pour passer de l'état de liquidé à celui de failli².

Encore faut-il cependant que la fraude soit dirigée sous une forme ou sous une autre contre les droits des créanciers. Ainsi ne doivent pas être prises en considération, comme ne présentant aucun lien avec la cessation des paiements, la fraude du débiteur envers la douane ou l'octroi, la condamnation qu'il a encourue pour avoir vendu à faux poids ou à fausses mesures, etc..... Il importe au contraire de retenir comme frauduleux, sui-

¹ Boistel, p. 4198; Lyon-Caen, *Manuel*, p. 934, note 1; E. Cohendy, *op. cit.*, p. 180, note 2.

² Trib. comm. Nantes, 10 oct. 1891 (*Gaz. Pal.*, 91, 2, 487); Trib. comm. Seine, 20 mai 1892 (*Gaz. Pal.*, 92, 2, 36).

vant la pensée du législateur, le fait par le liquidé de contracter de nouvelles dettes ou d'aliéner tout ou partie de son actif (art. 5 *in fine*), celui d'effectuer un recouvrement sans remettre les fonds au liquidateur (art. 6 *in fine*) ou de dissimuler la correspondance utile à la liquidation, etc...¹.

La faillite forcée, pour cause de fraude, est déclarée sur la poursuite de la partie la plus diligente, mais à la condition, bien entendu, que la preuve de manœuvres dolosives et du préjudice qui en aurait résulté pour les créanciers soit nettement établie².

C. — « Dans les cas d'annulation ou de résolution du concordat » (art. 19, al. 2, 3°).

L'annulation du concordat suppose le dol découvert après le jugement d'homologation ou bien une condamnation pour banqueroute frauduleuse intervenue depuis ce moment (C. comm., art. 518 et 520, al. 1); la résolution du concordat pour inexécution des engagements qui s'y trouvent consignés implique une faute grave (C. comm., art. 520, al. 2). Dans ces conditions, il est naturel que le débiteur devienne indigne de conserver la faveur de la liquidation judiciaire et qu'il subisse à la place la peine d'une déclaration de faillite³.

D. — « Si le débiteur en état de liquidation judiciaire a été condamné pour banqueroute simple ou frauduleuse » (art. 19, al. 2, 4°).

¹ *Supra*, pp. 172, 174 et 318. Voir en ce sens Boistel, p. 1198; Lyon-Caen, *Manuel*, n° 1198^w, p. 935.

² Trib. comm. Seine, 9 mai 1889 (*J. Faill.*, 1889, p. 521).

³ *Supra*, p. 402.

Nous n'entrerons pas dans l'énumération des cas obligatoires ou facultatifs de banqueroute simple (C. comm., art. 585 et 586), ni dans celle des cas de banqueroute frauduleuse (C. comm., art. 591) : la Loi de 1889 n'y a pas apporté de dérogation (art. 24).

Si la liquidation judiciaire est fatalement convertie en faillite, c'est qu'une condamnation pour banqueroute simple suppose des négligences, des imprudences ou des fautes graves de la part du commerçant (C. comm., art. 584 et 89; C. pén., art. 402 et 404), et qu'une condamnation en banqueroute frauduleuse implique toujours des actes dolosifs (C. comm., art. 591 et 89; C. pén., art. 402 et 404)¹.

Le côté original de la conversion d'une liquidation judiciaire en faillite par application de l'article 19, alinéa 2, 4°, apparaît dans la possibilité pour un commerçant d'être condamné comme banqueroutier *sans avoir été préalablement mis en faillite*, alors que les articles 585, 586 et 591 du Code de commerce supposent le délit ou le crime accompli par un « *commerçant failli*. » La Loi de 1889 serait-elle venue confirmer l'opinion d'après laquelle, l'action publique étant indépen-

¹ Par où l'on voit que, à l'exception des cas de banqueroute simple et de résolution du concordat, presque tous les autres cas cités dans l'article 19, alinéa 2, pourraient rentrer en principe dans celui de « *fraude quelconque* » (al. 2, 2°). A tout le moins un remaniement de l'article 19, alinéa 2, ne laisse pas de doute, quand on observe que le fait de diminuer frauduleusement tout ou partie de ses biens ou d'exagérer volontairement le chiffre de ses dettes y est sanctionné trois fois : en propres termes dans l'alinéa 2, 2°; au nombre des cas d'annulation, dans l'alinéa 2, 3°; enfin au nombre des cas de banqueroute frauduleuse, dans l'alinéa 2, 4°.

dante de l'action civile, la jurisprudence reconnaît à une juridiction de répression (tribunal correctionnel ou Cour d'assises) le droit de constater chez un prévenu ou un accusé la qualité de commerçant failli, et dès lors le pouvoir de le condamner comme banqueroutier *en l'absence de toute déclaration de faillite*? A ne consulter que les travaux préparatoires on doit, croyons-nous, reconnaître que le législateur n'a pas tranché d'une façon absolument nette et explicite la controverse qui séparerait les auteurs et les tribunaux¹. Toutefois, si la question prise en soi reste entière, on ne peut, sans méconnaître le texte de la loi nouvelle, se refuser à admettre qu'une mise en liquidation judiciaire, venant constater le

¹ *Doctrine* : Demangeat sur Bravard, t. V, p. 200, note 2 et t. VI, pp. 63 et suiv.; Boistel, nos 898 et 1085; Lyon-Caen, *Précis*, t. II, nos 2651, 2653 et 3073. — *Manuel*, p. 735, et n° 1498^r, pp. 935 et 936; Fourcade, pp. 218 et suiv.; Villey, note Sirey, 1879, I, 484; Delamarre et Lepoitvin, *Tr. de dr. comm.*, t. VI, nos 42 et suiv.; Trébutien, *Cours élém. de dr. criminel*, éd. 1884, t. II, pp. 185-187; Hoffmann, *Questions préjudicielles*, t. II, nos 314 et suiv. Adde Cass. belge, 21 févr. 1881, *Pasicrisie*, 1881, I, 142.

Jurisprudence : Trib. civ. Marseille, 8 mars 1877 (*J. de Marseille*, 1877, I, 181); Alger, 15 févr. 1890 (*Rec. d'Alger*, 1890, p. 128); Aix, 26 juin 1890 (*Rec. d'Aix*, 1891, I, 220); Cass. 1^{er} mars 1862 (D., 65, 5, 191); 24 juin 1864 (S., 64, I, 373); 10 août 1878 (S., 79, I, 481); 23 déc. 1880 (S., 82, I, 435); 13 mai 1882 (D., 82, I, 487; *J. des Faill.*, 1883, p. 29). — Adde Massé, *Droit commercial*, t. II, nos 1167 et 1248; Laurin, n° 959; Renouard, t. II, p. 434; Gadrat, *Traité des faill. et banq.*, p. 544; Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du code pénal*, t. V, nos 2152 et suiv.; F. Hélie, *Instruction criminelle*, t. VI, n° 2914 et t. VII, n° 3567; Blauche et Dutruc, *Études pratiques sur le Code pénal*, t. VI, n° 100; Mangin et Sorel, *De l'action publique*, t. IV, n° 169; Bertauld, *Questions préjudicielles*, nos 80 et suiv.; Dict. de Couder, v° *Banqueroute*, n° 8.

fait essentiel de la cessation de paiements, donne ouverture à l'application des articles 585, 586 et 591, et que de ce chef les solutions adoptées auparavant par la jurisprudence, reçoivent une autorité que nous prendrions volontiers pour une consécration définitive.

Il est évident que la banqueroute ne saurait atteindre l'être moral qui personnifie une société, non plus d'ailleurs que les commanditaires non immiscés, ni les actionnaires même administrateurs de la société¹. Mais, dans les sociétés de personnes ou dans les sociétés mixtes, tous les associés responsables ou seulement quelques-uns d'entre eux peuvent devenir, le cas échéant, banqueroutiers simples ou frauduleux, alors qu'ils ont été déclarés *en liquidation judiciaire* avec la société liquidée judiciairement, et dans la circonstance leur état de liquidation devra être nécessairement converti en celui de la faillite par le tribunal (L. 1889, art. 19, al. 2, 4°).

SOUS-SECTION II

« CONSÉQUENCES » DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE

Lorsque la liquidation judiciaire a été transformée en faillite pour l'une des causes que nous savons, le

¹ Cette dernière solution est très fâcheuse (Lyon-Caen, *Précis*, t. II, n° 3130). Au contraire les lois allemande (art. 214) et italienne (art. 863) font encourir la banqueroute aux administrateurs des sociétés anonymes.

débiteur encourt toutes les déchéances qui sont propres aux faillis, et il ne redevient digne, électeur et éligible, que par l'effet de la réhabilitation commerciale ¹.

Cette conversion produit encore des conséquences quant aux biens; à ce point de vue, le législateur a prévu le cas où il n'existe pas de concordat, puis toutes les autres hypothèses où le tribunal a cru de son devoir de déclarer la faillite.

§ 1^{er}. — Hypothèse du défaut de concordat.

Tout d'abord, les syndics provisoires, nommés par le tribunal dans son jugement de conversion en faillite, appréhendent l'actif en procédant à un récolement sur l'inventaire déjà fait à l'ouverture de la liquidation judiciaire. Les créanciers sont ensuite convoqués pour donner leur avis sur le maintien ou le remplacement des syndics provisoires et sur l'élection de nouveaux contrôleurs. Le tribunal statue sur le maintien ou le remplacement des syndics. Presque toujours les liquidateurs judiciaires seront maintenus comme syndics de la faillite; en tout cas, le législateur n'a pas créé d'incompatibilité entre les deux fonctions ². Si par hasard les liquidateurs étaient remplacés, ils devraient rendre leurs comptes aux syndics, le débiteur et les contrôleurs présents ou appelés par sommation.

Si donc le liquidé n'obtient pas de concordat, de deux

¹ V^o *supra*, pp. 26-28.

² Chambre des Députés, séance du 20 oct. 1888.

choses l'une : ou bien la faillite n'est pas déclarée, et dans ce cas nous savons que « *la liquidation judiciaire continue jusqu'à la réalisation et la répartition de l'actif, QUI SE FERONT CONFORMÉMENT AUX DISPOSITIONS DU DEUXIÈME ALINÉA DE L'ARTICLE 15 DE LA PRÉSENTE LOI* », c'est-à-dire conformément aux articles 529 et suivants du Code de commerce (L. 1889, art. 19, al. 1, 2°, 2° phr.)¹; — ou bien la faillite est déclarée, et alors « *il est procédé CONFORMÉMENT AUX ARTICLES 529 ET SUIVANTS DU CODE DE COMMERCE* » (L. 1889, *eod.*, 3° phr.).

Le législateur fait ici deux renvois qui ont l'air d'établir une disposition différente, bien qu'en définitive, par cela même qu'il n'y a pas de concordat, les seules règles applicables à la réalisation de l'actif dans l'une et l'autre hypothèse soient celles de l'union². L'unique différence qu'on ait à relever entre les deux cas, consiste dans les incapacités plus ou moins graves qui viennent amoindrir la personnalité du débiteur³.

Quoi qu'il en soit, puisque la loi déclare le régime de l'union applicable à l'hypothèse où le refus du concordat a déterminé le tribunal à prononcer la faillite, nous

¹ *Supra*, pp. 395 et 404.

² « C'est un singulier résultat, provenant d'une véritable inadvertance du législateur. On ne comprendrait de différence entre les deux cas qu'autant qu'on admettrait que la liquidation de l'actif abandonné en cas de concordat est faite par le débiteur lui-même, assisté du liquidateur. Si l'on admet, comme nous croyons qu'il vaut mieux le faire, que le liquidateur réalise et répartit l'actif abandonné, la différence que paraît indiquer l'article 19 n'existe pas en réalité » (Lyon-Caen, *Manuel*, p. 932, n° 1198^r, b). *V° supra*, en ce sens, pp. 395 et 405.

³ *Supra*, p. 405.

observerons qu'il devient par là même impossible de recommencer une nouvelle tentative de concordat : ce n'est en vérité pas la peine de réitérer une épreuve qui, en l'état des dispositions des créanciers, ne réussira pas plus une seconde fois qu'elle n'a abouti une première ; le failli pourra seulement espérer la satisfaction toute morale d'une déclaration d'excusabilité (C. comm., art. 537, al. 3, et 538).

§ 2. — Autres hypothèses de déclaration de faillite.

La faillite peut remplacer la liquidation judiciaire « à toute période » des opérations (L. 1889, art. 19, al. 2, *in princ.*).

Pour éviter des pertes de temps et des frais inutiles, les liquidateurs-syndics ne sont pas astreints à recommencer depuis l'origine toutes les opérations ; ils reprennent la procédure et les actes d'administration au point où la liquidation les a laissés. Telle a été la pensée du législateur en déclarant que « *les opérations de la faillite sont suivies sur les derniers errements de la procédure de la liquidation* » (art. 19, *in fine*)¹.

Il résulte de cette disposition que, même après une déclaration de faillite prononcée contre un débiteur

¹ Il y a là un progrès très réel sur la coutume, suivie avant la Loi de 1889, de recommencer dès le principe les opérations déjà faites au cas de liquidation *amiable* transformée en faillite : on convoquait de nouveau les créanciers, on provoquait de nouvelles productions, une nouvelle vérification des créances, de nouvelles affirmations ; tout cela était peine inutile (Chambre des députés, séance du 20 oct. 1888).

déchu du bénéfice de la liquidation judiciaire, rien n'empêche de conclure un concordat, que du reste le tribunal aura toujours le pouvoir d'homologuer ou non. La possibilité d'un concordat est équitable ici : car, d'un côté, le commerçant ne peut pas tomber dans une situation pire que si sa faillite avait été directement déclarée ; et par ailleurs, les créanciers, qui sont en définitive les meilleurs juges de leurs intérêts, ne méritent pas qu'on leur impose la solution nécessaire d'une union parfois désastreuse, au lieu d'un concordat comportant des dividendes beaucoup plus élevés et garantis par des cautions¹.

Par exception il ne saurait intervenir de concordat, quand la faillite a été déclarée à la suite de la liquidation judiciaire parce que le débiteur avait dissimulé son actif ou augmenté son passif, — parce que le concordat avait été annulé, — ou parce que le débiteur avait été condamné comme banqueroutier frauduleux : ces différents cas conduiraient *de plein droit* à l'union des créanciers, conformément aux dispositions du Code de commerce qui, en pareille circonstance, n'autorisent pas la formation d'un concordat (L. 1889, art. 19, al. 2, 2°, 3°, 4°, et C. comm., art. 510, al. 1 cbn)². L'union serait également la seule issue possible de la faillite d'une société dissoute ou annulée et tout d'abord déclarée en liquidation judiciaire, parce qu'une telle société

¹ Nous savons que, dans le projet primitif voté par la Chambre des Députés, la faillite aboutissait fatalement à l'union (*supra*, p. 403, note 1).

² *Supra*, p. 383.

n'est susceptible ni de concordat simple, ni même de concordat par abandon d'actif¹.

Pour achever notre dissertation sur la dernière issue de la Liquidation judiciaire, il nous resterait à décrire la situation du failli concordataire et les règles applicables à cette procédure d'union qui est coûteuse, lente et surtout si pénible pour le commerçant désireux de revenir à meilleure fortune ; mais nous nous arrêterons là, estimant que cette partie de la législation commerciale relève plus spécialement de l'étude de la Faillite.

¹ *Supra*, pp. 389-394.

EXAMEN CRITIQUE

DE LA

LIQUIDATION JUDICIAIRE

Un courant réformateur avait entraîné bon nombre des États d'Europe vers l'institution du *sursis de paiements* ¹, ou vers celle du *concordat préventif de faillite* ².

¹ *Belgique*, C. comm., art. 593-614 (Namur, *le Code de commerce belge*, Paris, 1884, 2^e édit., t. III, p. 495 et suiv.).

Hollande, C. comm., art. 900-923.

Italie, C. comm. du 2 avril 1882, art. 819-829 : « *Della moratoria.* »

Portugal, C. comm. de 1888 (trad. par Lehr), art. 730-733.

Roumanie, C. comm. de 1887, art. 832-843.

² *Belgique*, Lois du 20 juin 1883 et du 29 juin 1887 (*Annuaire de législ. étrang.*, 1884, p. 510 et suiv. ; 1888, p. 563 et suiv.).

Espagne, C. comm., liv. IV, titre I : « *De la suspension de pagos y de sus efectos* », art. 870-873.

Portugal, C. comm., art. 1261-1286.

Suisse, L. fédérale du 11 avril 1889, art. 293-317 (*Ann. de lég. étr.*, 1890, p. 606 et suiv.).

Angleterre, Bankruptcy act du 25 août 1883, art. 5-20 (trad. et annot. de Ch. Lyon-Caen).

sans que la France eût à peu près rien élaboré pour adoucir le sort des débiteurs malheureux et de bonne foi.

Par la création de la Liquidation judiciaire, le législateur français s'est ressaisi : il a fait aussi bien, sinon mieux que ses devanciers des autres pays, quoique pourtant son œuvre ne puisse pas être dite irréprochable.

Notre examen critique se divise naturellement ainsi en deux parties relatives, l'une aux avantages, l'autre aux vices et lacunes de la Loi de 1889.

SECTION PREMIÈRE

AVANTAGES DE LA LOI DE 1889

Si, dans notre Introduction comme au cours de notre étude sur la Liquidation judiciaire, nous n'avons laissé voir qu'une admiration assez contenue des futurs bienfaits de la réforme, c'est que nous entendions traiter d'une façon impartiale une matière très vivement atta-

Grand-Duché de Luxembourg, L. du 14 avril 1886 (*Ann. de lég. étr.* 1887, p. 519 et suiv.).

D'une manière générale, voir : Thaller, *des Faillites en droit comparé*, (2 vol., Paris, 1887, chez A. Rousseau) et *Annales du droit comm.*, t. I, *Doct.*, p. 14 ; Stelian, *la Faillite* (Paris, 1885, chez Larose et Forcel) ; *Bulletin de la Société de lég. comp.*, t. XVII ; Fremont et Camberlin, t. II, p. 475 et suiv. ; Max. Lecomte, *op. cit.*, p. 63 et suiv. ; Pavitt, *Droit anglais codifié* (Paris, 1885, pp. 177-185).

quée, et qu'il est toujours dangereux de fonder une appréciation sur des hypothèses.

Cinq ans se sont écoulés depuis la promulgation de la Loi de 1889 ; c'est peu pour invoquer des motifs tirés de l'expérience, mais c'est assez toutefois pour reconnaître dès maintenant la sagesse du principe de la Liquidation judiciaire, la supériorité de son mécanisme, le succès de son application, et les avantages sérieux qui la recommandent auprès des débiteurs comme des créanciers.

§ 1^{er}. — Du Principe de la Loi de 1889

On faisait à la Loi de 1838 le reproche, mérité d'ailleurs, d'être trop sévère.

La Loi de 1889 consacre d'une manière formelle, et non pas seulement implicite, une distinction naturelle entre les débiteurs : clémence envers ceux dont la bonne foi est restée sans récompense, elle crée pour eux un traitement de faveur qui permet d'éviter la faillite et d'arriver plus vite et à meilleur compte à un arrangement avec les créanciers ; rigide au contraire envers ceux que des fautes ou des imprudences graves ont conduit à la cessation de leurs paiements, elle conserve pour eux la faillite avec sa note flétrissante.

Nous ne pouvons qu'applaudir à ce principe, sur lequel repose l'innovation capitale de la Liquidation judiciaire.

« Quand pauvreté entre par la porte, probité sort par la fenêtre », disait-on autrefois ¹, et il est possible

¹ Savary, « *Parfait négociant* », II, IV, ch. I.

qu'à l'époque un pareil jugement ne fût pas absolument émis à l'envers du bon sens ¹.

Mais il n'en va plus de même aujourd'hui. Si grands sont les hasards du commerce de notre temps, que beaucoup de gens entreprennent et que bien peu réussissent ! Certains de ces ruinés ont droit à notre compassion, parce que leur chute involontaire a été précédée d'une vie plus ou moins longue de sacrifices et de louables efforts.

§ 2. — Du Mécanisme de la Loi de 1889

Le talent du législateur a été d'adoucir la faillite au profit d'une catégorie intéressante d'individus et de calquer son innovation sur le régime précédent, de manière à n'en prendre que les plus heureuses dispositions. Ainsi le point de départ est le même pour les deux procédures : c'est la cessation de paiements du commerçant. Les causes diffèrent, il est vrai, puisque le liquidé doit unir la bonne foi à l'observation de la loi ; mais on retrouve les principes de la faillite dans la procédure préparatoire aux issues possibles de la liquidation judiciaire et encore dans ses diverses solutions. C'est précisément pour ne s'être pas conduit à la façon d'un innovateur téméraire, que le législateur est par-

¹ Ce mot de Savary se retrouve sur les lèvres d'un personnage humoristique d'Émile Augier dans *Les Effrontés* (act. III, sc. VIII), lequel dit en aparté : « Il est honnête..... il a donc de quoi ? » ; comme si un rapport direct, fatal, nécessaire existait entre la richesse et l'observation rigoureuse du devoir, entre le manque de ressources et l'improbité.

venu à concevoir le fonctionnement très judicieux de la liquidation judiciaire : initiative maintenue en principe au débiteur ; — assistance confiée au liquidateur ; — avis et surveillance des contrôleurs ; — contrôle supérieur reconnu au juge-commissaire ; — intervention du tribunal de commerce à titre gracieux ou contentieux ; — assemblées des créanciers.

La Loi de 1889 nous plaît particulièrement en ce que, conservant pour les commerçants indignes d'intérêt la faillite, telle que l'a comprise le législateur de 1838, à part quelques modifications, elle a institué une nouvelle procédure, parallèle à l'ancienne et destinée à la suppléer dans un grand nombre de cas. Ce principe d'une double procédure nous semble devoir être accepté sans réserve ; car, à la différence des opinions plus ou moins variées dans lesquelles on prônait l'unité de procédure pour toutes les cessations de paiements, quelles qu'en soient les causes et les circonstances, il constitue l'unique moyen d'éviter une rigueur excessive contre les débiteurs innocents et une indulgence dérisoire envers les débiteurs coupables. Il existe aujourd'hui pour le commerçant honnête une procédure de faveur, pour le dissipateur une procédure de châtimement ; l'équité ne peut être davantage satisfaite, puisque chacun reçoit un traitement en rapport avec sa qualité.

Néanmoins, des auteurs distingués prétendent que l'œuvre du législateur « est mal conçue : ce n'est pas au début de la procédure que le tribunal peut établir cette classification que la loi exige de lui entre les commerçants qui ne peuvent faire face à leurs engage-

ments, appelant les uns liquidés, les autres faillis. Les moyens d'information lui font alors défaut, etc. » Et ces mêmes critiques regrettent qu'on n'ait pas admis un système dans lequel « tout commerçant en état de cessation de paiements serait d'office, à sa requête ou à celle de ses créanciers, déclaré en état de liquidation. La procédure se serait déroulée dans ses premières phases avec des règles qui auraient été les mêmes pour tous les liquidés. Elle n'aurait pas été trop rigoureuse pour ne pas effrayer le débiteur, mais elle aurait été assez sévère pour sauvegarder les droits des créanciers et nous aurions admis volontiers le dessaisissement et la période suspecte, à la seule condition d'adoucir peut-être un peu le premier et de limiter la seconde en fixant un délai au-delà duquel la date de la cessation des paiements n'aurait pas pu être reportée. Cette procédure aurait été simplifiée dans ses détails et abrégée dans ses délais ; puis, la vérification des créances terminée, les créanciers auraient été consultés sur les causes et par suite la moralité de la liquidation. Le tribunal, éclairé par le vote des créanciers et par tous les renseignements recueillis jusque-là, aurait pu faire alors, en connaissance de cause, cette classification des débiteurs que la Loi de 1889 lui demande prématurément. Pour les uns, la qualification de liquidé aurait été conservée : la liquidation se serait terminée comme le suppose notre loi et n'aurait entraîné pour le débiteur que de légères déchéances. Pour les autres, la faillite aurait été substituée à la liquidation et elle serait restée soumise aux prescriptions du Code.... La réhabilitation

aurait mis fin aux déchéances du liquidé et du failli ¹. »

Un tel système peut être bon, mais il serait meilleur encore s'il était complété par quelques détails sur cette procédure commune à tous les liquidés, « pas trop rigoureuse pour ne pas effrayer le débiteur, mais.... assez sévère pour sauvegarder les droits des créanciers. » Il y a dans l'organisation de cette procédure unique une si grande délicatesse de touche à apporter, une appréciation tellement minutieuse des intérêts en jeu à observer, que, pour changer d'opinion, nous attendrons un exposé plus détaillé et mieux établi. Pour l'instant, on nous permettra donc de considérer l'œuvre du législateur de 1889 comme intelligemment conçue, parce qu'elle consacre deux procédures distinctes, parallèles, séparées dès le début des opérations, et que ce procédé est le seul qui comporte une application sérieuse et simple à la fois de la distinction des commerçants en gens honnêtes et en gens de mauvaise foi. Du reste, par mesure de précaution, la liquidation judiciaire ne doit être accordée qu'au débiteur dont la

¹ Bailly, *op. cit.*, pp. 21 et 22. Ce système est conçu dans le même esprit que le projet élaboré par le Conseil d'État (V^o Introd., pp. 58 et suiv.) et que les avis du Tribunal de commerce de la Seine et de la Chambre de commerce de Paris (*J. des Faill.*, 1886, p. 131, et 1882, p. 263). Il diffère du système de la Cour de cassation en ce que, au lieu de soumettre à la faillite et aux déchéances qui en découlent tous les commerçants en état de cessation de paiements, sauf à supprimer ces déchéances et la qualification de failli, au moment du concordat ou du jugement d'excusabilité, pour ceux qui en seraient dignes (V^o Introd., pp. 67 et suiv.), il retarde la qualification de failli jusqu'à ce que la faute soit certaine ; car l'épithète de failli, une fois attribuée au débiteur, emporte avec elle un déshonneur difficile à effacer.

cessation de paiements ne s'est pas produite à une date antérieure à la quinzaine du dépôt de son bilan ; le débiteur doit en outre être entendu personnellement en Chambre du conseil.

Insuffisants, dira-t-on, sont de pareils moyens de contrôle ! Qu'arrivera-t-il en effet ? Un négociant de moralité fragile prépare de longue main la mise en scène. Il dépose un beau jour son bilan après cessation de paiements nettement caractérisée. Puis, se faisant passer pour victime d'événements imprévus, il parvient à dissimuler sa véritable situation et la date réelle de la cessation de ses paiements : il liquide judiciairement sa situation, ce qui lui procure un fort bénéfice réalisé par la réduction de son passif. Enfin, après avoir trompé tout le monde, juges, liquidateurs et créanciers, il rentre dans le tourbillon des affaires plus disposé que jamais à s'enrichir de la ruine d'autrui. La liquidation judiciaire est donc appelée à devenir la consécration de la chose volée, ou bien encore une monnaie courante au moyen de laquelle on spéculera sur l'épargne de son prochain ¹.

Cette prédiction nous semble tomber à faux. Si la liquidation judiciaire passe pour impuissante à déraciner de l'esprit de certains individus que : « Les affaires... ? c'est l'argent des autres », le tort en revient bien moins au législateur qu'aux tribunaux qui sont chargés d'appliquer la loi. Il est de fait qu'on ne sau-

¹ Cet écueil avait été prévu bien avant la promulgation de la Loi de 1889 (V^o rapport de M. Rubillard sur la proposition Desseaux, Dautresme et Richard Waddington, à la séance du 28 février 1880. (*J. Off.* du 12 mars 1880, p. 2932).

rait trop incriminer la déplorable facilité avec laquelle les juges consulaires ont parfois déclaré la liquidation ; à telle enseigne qu'on a vu accorder cette mesure exceptionnelle de bienveillance dans des cas où la faillite était teintée de banqueroute¹. Le commerce parisien s'émut de semblables passe-droits et les chambres syndicales firent entendre des protestations tendant à mettre en garde les tribunaux contre les allégations erronées des débiteurs. C'est pourquoi, comprenant tout le danger que courait le crédit public à la suite de réels abus, le Président du Tribunal de commerce de la Seine adressa, vers le commencement de l'année 1893, au Président de la Compagnie des syndics et des liquidateurs judiciaires, une circulaire aux termes de laquelle « à l'avenir, il ne sera statué sur les demandes d'admission à la liquidation judiciaire qu'à la suite d'une *enquête* dont, sur son indication (de M. le Président du Tribunal), sera chargé l'un des membres de la compagnie des liquidateurs judiciaires. Cette enquête sera faite d'urgence, et le rapport auquel elle donnera lieu devra être déposé à la présidence du tribunal *dans les trois jours*. Ce rapport devra tout d'abord préciser et indiquer avec soin le genre de commerce ou d'industrie exercé par le débiteur, son domicile, la date à laquelle remontent les premières poursuites, les causes et le caractère de la déconfiture. C'est seulement après le dépôt de ce rapport que le débiteur sera convoqué et entendu par le Tribunal en Chambre du conseil². »

¹ Voir la *Cote de la bourse et de la banque*, n° du lundi 20 février 1893.

² V° *J. des Faill.*, n° d'avril 1893, Bulletin, pp. 491 et 492.

Malheureusement cette circulaire ne donne satisfaction qu'aux doléances du commerce parisien. Il est à souhaiter que les présidents de province exigent aussi une enquête préalable à tout jugement déclaratif de liquidation ; la chose est d'autant plus simple que le tribunal, saisi de la demande, n'est pas tenu de rendre son jugement dans les quinze jours de la cessation de paiements du débiteur ¹.

Est-ce à dire que jamais un filou n'arrivera à surprendre la religion du tribunal ? Assurément non ; mais le mal sera facilement réparable, puisque la nouvelle procédure est susceptible de bifurquer à un moment donné suivant les éléments d'information recueillis, et qu'ainsi le débiteur, contre lequel un fait grave est relevé, subit la conversion de sa liquidation judiciaire en l'état de faillite. Sur ce point, la circulaire du Président du Tribunal de commerce de la Seine se montre encore prévoyante : « Si la requête est admise, y est-il dit, et qu'une ou plusieurs des irrégularités signalées par l'article 19 de la Loi du 4 mars 1889 viennent plus tard à se révéler, le liquidateur désigné aura à adresser un rapport spécial au juge-commissaire, à la suite duquel le Tribunal décidera si la liquidation doit être convertie en faillite ². »

Un dernier grief est ici adressé au mécanisme de la liquidation judiciaire. Le législateur a entendu faire de la liquidation une procédure *parallèle* à la faillite ; eh bien, il la verra bientôt devenir le *preliminaire* inévitable

¹ *Supra*, pp. 142 et 143.

² V^o *J. des Faill.*, n^o d'avril 1893, Bulletin, p. 192.

de la faillite. Tous ceux, en effet, qui présenteront requête dans le délai légal obtiendront des tribunaux le titre de liquidés, tout au moins provisoirement, quitte à recevoir plus tard la qualification de faillis à raison de leurs fraudes ou de leurs fautes. La Loi de 1889 aura créé de la sorte une complication de procédure, peut-être dangereuse, tout au moins inutile : car le débiteur saura généralement profiter de l'indulgence de la loi pour commettre des actes préjudiciables à ses créanciers ; en tout cas, comme on a été obligé de reproduire dans la liquidation judiciaire la plupart des formalités de la faillite destinées à couvrir l'intérêt des créanciers, on aura en définitive abouti à la superposition de deux procédures de faillite ¹.

Cette appréhension ne nous paraît pas fondée. Quoi qu'il advienne, le législateur ne saurait être mis en cause : les tribunaux seuls mériteraient le reproche d'avoir mal appliqué la loi. C'est donc affaire aux juges de se montrer circonspects dans la distribution des traitements de rigueur et de clémence, et de n'octroyer le bénéfice de la liquidation judiciaire qu'après un examen sérieux de la bonne foi du débiteur, qu'après une enquête, quand elle sera nécessaire. Si cependant l'opinion des juges venait à être surprise et qu'à un moment donné il fallût remplacer la liquidation judiciaire par la faillite, la procédure préliminaire ne présenterait aucun inconvénient : contrôlée jusque dans ses détails, elle ne serait pas dangereuse pour les créanciers ; elle

¹ V° en ce sens Gallot, discours de rentrée (*J. des Faill.*, 1882, pp. 627 et suiv.) ; Duvergey, *Rev. gén. du droit*, 1887 ; *Économiste français*, 26 janvier 1889 ; E. Bailly, *op. cit.*, p. 23.

leur profiterait même, car elle faciliterait la liquidation définitive du patrimoine du débiteur en la débarrassant des lenteurs que causent, sous l'empire de la législation de 1838, les déclarations tardives après épuisement de l'actif.

§ 3. — Du But de la Loi de 1889

Partant du principe que le débiteur de bonne foi doit être protégé, les auteurs de la Loi de 1889 ont imaginé le mécanisme de la liquidation judiciaire avec la pleine conviction qu'il n'hésitera jamais à recourir à ce procédé ; ils ont par ailleurs cherché à agir sur la volonté du débiteur qui, pour une cause ou pour une autre, n'a d'autre horizon que la faillite et ils lui ont accordé quinze jours, au lieu de trois, pour déposer son bilan ¹.

La question se pose maintenant de savoir si le nombre des déclarations tardives de cessation de paiements a positivement diminué.

A *priori*, la Loi de 1889 ne repose pas sur une connaissance bien approfondie des sentiments humains. Quoi de plus naturel, en effet, que de s'abuser sur son véritable sort et de retarder, même sans espoir, l'heure de sa catastrophe ? Il semblerait donc que les débiteurs dussent, comme par le passé, laisser écouler le délai de quinzaine à partir de la cessation de leurs paiements et chercher, en dehors de l'action vigilante de la justice, la sauvegarde de leurs intérêts ².

¹ *Supra*, pp. 125 et 126.

² *Supra*, Introd. pp. 29 et suiv.

Il n'en est rien cependant ; car, si aux faillites déclarées sur dépôt de bilan par le Tribunal de commerce de la Seine on ajoute les déclarations de liquidation judiciaire qui nécessairement ont été faites sur l'aveu spontané des débiteurs, on s'aperçoit que ces déclarations réunies représentent 45 % du nombre total des faillites et liquidations judiciaires déclarées en 1890, 52 % du nombre total de celles déclarées en 1891, 49 % du nombre total de celles déclarées en 1892 ¹. Ces données, comparées aux statistiques des années antérieures à 1889, prouvent que la moyenne des déclarations volontaires de cessation de paiements a augmenté depuis l'introduction de la liquidation judiciaire, mais qu'elle est encore loin d'atteindre celle de 59 % des années 1841 à 1843 et celle de 61 % des années 1846 à 1850 ².

Une objection, résultant du tableau comparatif des faillites et des liquidations déclarées par le Tribunal de commerce de la Seine, prend place ici. Depuis le 4 mars 1889 jusqu'au 31 décembre de la même année, il a été déclaré 405 liquidations judiciaires et 162 faillites ouvertes ont été converties en liquidations judiciaires, total : 567. Dans le même laps de temps il a été déclaré près de 1,300 faillites par le tribunal. Chose

¹ En effet, en 1890, il a été déclaré 329 liquidations judiciaires et, sur 1377 faillites déclarées dans la même année, 439 l'ont été sur dépôt de bilan ; en 1891, il a été déclaré 430 liquidations judiciaires et, sur 1290 faillites déclarées, 473 l'ont été sur dépôt de bilan ; en 1892, il a été déclaré 430 liquidations judiciaires et, sur 1303 faillites déclarées, 428 l'ont été sur dépôt de bilan.

² V^o Introd., p. 30, note 4.

étrange ! malgré la création de la liquidation judiciaire, le nombre des faillites n'a pas sensiblement diminué : il était de 1,692 en 1888 et il se trouve de 1,530 en 1889. Si donc la moyenne des déclarations tardives a baissé, la cause en doit être cherchée dans le peu de scrupule avec lequel des négociants, qui auraient fait des sacrifices pour éviter la honte de la faillite, se sont empressés de se tirer d'affaires en demandant le bénéfice de la liquidation. Évidemment, dans le département de la Seine, il y a eu plus de deux cents personnes qui pouvaient, qui devaient éviter la faillite et qu'un moyen nouveau et commode de ne pas payer leurs dettes a tentées.

Cette objection est grave sans doute, et nous admettons volontiers que certains commerçants ont mis à profit l'esprit de tolérance extrême des juges pour bénéficier des adoucissements de la législation. Il est certain cependant que, dès l'année 1889, le nombre des faillites a diminué et qu'il s'est encore abaissé par la suite ¹.

On nous permettra donc de croire que, dans un temps prochain, les commerçants qui auront cessé de payer s'empresseront en plus grand nombre de faire

¹ Du 1^{er} janvier au 31 décembre 1890 il a été déclaré 329 liquidations judiciaires et 4 faillites ont été converties en liquidations : ensemble, 333 liquidations judiciaires ; dans le même laps de temps il a été déclaré 1377 faillites.

Du 1^{er} janvier au 31 décembre 1891 il a été déclaré 430 liquidations judiciaires et 1290 faillites.

Du 1^{er} janvier au 31 décembre 1892 il a été déclaré 430 liquidations judiciaires et 1303 faillites.

intervenir la justice dans le règlement de leurs intérêts et que de ce chef le nombre des faillites déclarées d'office ou sur la demande des créanciers décroîtra dans une notable proportion.

§ 4. — Avantages de la Loi de 1889 pour les débiteurs

Le législateur a frappé le liquidé d'un dessaisissement moins complet que celui qui affecte la condition du failli, et ce dessaisissement partiel facilite au débiteur toutes les diligences personnelles en vue d'aboutir à un concordat, pour le vote duquel la majorité requise a d'ailleurs été abaissée.

En outre la marche des opérations de la liquidation judiciaire est réglée d'une façon simple et expéditive¹, les frais en sont par là diminués, ce qui permet d'arriver plus tôt au concordat et même de l'obtenir plus facilement, puisque la diminution des frais laisse un actif plus important à présenter aux créanciers. Il est de fait qu'on relève à l'honneur de la loi nouvelle une proportion considérable de concordats².

¹ *Supra*, pp. 366 et 367.

² Il suffit en effet de se reporter aux comptes rendus des travaux du Tribunal de commerce de la Seine pour constater que les déclarations volontaires de cessation de paiements de la part des liquidés ont amené à leur profit une moyenne de concordats bien supérieure à celle qu'on rencontre en matière de faillite. Ainsi, en 1889, sur 397 liquidations judiciaires terminées pendant l'année, 139 ont pris fin par concordat ordinaire et 30 par concordat à la suite d'abandon d'actif, ce qui donne une proportion de 42 %, tandis que la proportion, quand il s'agit de faillites, est à peine de 9 %. Les liquidations judiciaires clôturées par

Le liquidé judiciairement rentre dans le monde commercial avec toutes facilités de se relever : ou bien il reprend, après une courte interruption, la direction de son commerce, et dans ce cas il peut retrouver plus sûrement la majeure partie de sa clientèle ; ou bien il change d'industrie, et alors il se présente au public dans des conditions plus honorables, puisque la liquidation judiciaire écarte la qualification de failli qui par elle-même imprime une note humiliante.

Bien plus, le liquidé échappe à la plupart des déchéances légales qui résultent de la faillite ; il devient, à la vérité, incapable de remplir une fonction élective, mais il conserve la libre disposition de son bulletin de vote.

§ 5. — Avantages de la Loi de 1889 pour les créanciers

Le traitement de faveur accordé aux liquidés ne compromet pas les droits de leurs créanciers. En effet, avant même que le débiteur ait déposé sa requête à fin de liquidation judiciaire, les créanciers peuvent provoquer sa mise en faillite (L. 1889, art. 2, al. 1, 2^e phr.). Ils jouissent encore du même droit pendant l'examen de sa requête, et alors le tribunal statue sur le tout par un même jugement, rendu dans la forme ordinaire et susceptible d'appel dans tous les cas ; que ce jugement

concordat simple ou à la suite d'abandon d'actif donnent une proportion de 62 % en 1890, de 61 % en 1891, de 58 % en 1892, contre une proportion, quand il s'agit de faillites, de 14 % en 1890, de 12 % en 1891 et de 13 % en 1892.

déclare la liquidation ou la faillite, peu importe : il est toujours exécutoire par provision, car dans l'un et l'autre cas l'intérêt des créanciers et des tiers exige que les précautions légales soient prises sans aucun retard (art. 4, al. 3 *in fine*). Après le jugement d'ouverture, les créanciers peuvent demander le retrait d'un bénéfice indûment accordé au débiteur ; c'est en partie pour les avertir à cet effet que le jugement déclaratif de liquidation est publié (art. 4, al. 3, 1^{re} phr.)¹. Enfin à toute époque la faillite peut être déclarée soit d'office, soit sur la poursuite des créanciers, pour les motifs prévus par l'article 19.

Loin de compromettre les droits des créanciers, la Loi de 1889 les protège plus efficacement, et cela aussi bien au cas de liquidation judiciaire qu'en matière de faillite.

On se plaignait amèrement, sous l'empire de la Loi de 1838, de la manière de faire des syndics, des lenteurs toujours nuisibles de leurs opérations, de leurs prétentions à des honoraires exagérés, etc. Supprimer les fonctions de syndics paraissait trop radical pour être possible. Transformer les syndics en officiers ministériels, soumis à la surveillance du ministère public ainsi qu'au pouvoir disciplinaire du tribunal, n'était pas nécessaire, puisque le tribunal avait toujours le droit de refuser de nommer, dès le principe, le syndic d'apparence suspecte, comme celui de remplacer au cours de la procédure le syndic infidèle². Multiplier le nombre

¹ *Supra*, p. 154.

² Contra Thaller, lequel pensait que « le décret d'institution équivaldrait à un gage de probité et d'aptitude donné au

des préposés à l'administration de la faillite eût encore amoindri l'actif à liquider¹. Faire élire le syndic par les créanciers, c'était faire retour au système de 1807, abandonné par nous trente ans plus tard et répudié en 1883 par les Anglais à la suite des plus graves abus. De toutes ces réformes aucune n'était en réalité satisfaisante.

C'est pourquoi le législateur, constatant que l'assemblée des créanciers et le tribunal sont trop éloignés du syndic pour le contenir, a sagement agi en instituant un pouvoir intermédiaire, confié à un ou deux créanciers avec la mission de surveiller les syndics et les liquidateurs, mais non de les garotter. L'institution des contrôleurs nous semble devoir être approuvée sans réserve. En principe, il n'est pas de réclamations vraisemblables désormais contre l'omnipotence et les agissements irréguliers des syndics ou des liquidateurs, puisque leurs actes sont contrôlés et que leurs émoluments sont taxés (L. 1889, art. 15, al. 3 et 4 ; art. 20)². Les faits eux-

public. » Cela n'est pas sûr. Tout au plus aurait-on pu astreindre le syndic à déposer, dans certaines circonstances, un cautionnement dont le chiffre eût été déterminé par le tribunal. Nous admettrions encore volontiers qu'on généralisât l'organisation à laquelle le Tribunal de commerce de la Seine a soumis les syndics de Paris (V^o sur ce dernier point, *J. des Faill.*, 1882, p. 264).

¹ Par exemple M. Saint-Martin faisait défiler successivement dans son projet, déposé le 15 novembre 1881, en dehors des « comptables » et du débiteur lui-même qui peut conserver la gestion provisoire de ses biens, le séquestre provisoire, les commissaires, les liquidateurs, les administrateurs (c'est-à-dire les syndics) de la masse (V^o Introd., pp. 52 et suiv.).

² Le Gouvernement, complétant l'œuvre du législateur, a tenu lui aussi à rappeler aux syndics leur devoir professionnel. Par

mêmes témoignent de l'action protectrice qu'a exercée sur les faillites la réforme récente ; il suffit, en effet, de feuilleter, à partir de 1889, les divers comptes rendus des travaux du Tribunal de commerce de la Seine, pour voir que les syndics de Paris ont déployé dans leurs opérations de liquidation une vigilance et une activité plus grandes que par le passé¹.

Mais, si le législateur a entendu assimiler la faillite à la liquidation judiciaire au point de vue de la surveillance des contrôleurs, il a conservé à l'une son évolution lente, défiante et coûteuse, tandis qu'il a réduit pour l'autre les anciens délais et frais de procédure, ce qui augmente d'autant l'actif à partager. Qui ne conçoit du reste que, en enlevant l'obstacle qui s'oppose à l'application de la loi des faillites, la liquidation judiciaire sert l'intérêt des créanciers ? Voilà pourquoi on

une circulaire en date du 3 novembre 1891, le Garde des sceaux, Ministre de la Justice, est venu recommander aux Procureurs généraux de surveiller l'application de l'article 489 du Code de commerce relatif aux versements à effectuer à la Caisse des dépôts et consignations et, par voie de conséquence, celle de l'article 3 du Décret du 25 mars 1880 concernant la tenue dans les greffes d'un registre sur lequel doivent être inscrits pour chaque faillite les actes relatifs à la gestion des syndics. Cette circulaire porte notamment la communication suivante : « C'est en vue de remédier à ces lacunes que je vous prie, Monsieur le Procureur général, de vouloir bien à l'avenir, dès que les états trimestriels vous seront parvenus, les faire communiquer, par les soins de vos substituts, aux préposés de la Caisse des dépôts et consignations dans les divers arrondissements. Ces agents seront invités à les renvoyer avec les annotations que pourrait motiver la comparaison de ces relevés avec leurs propres registres. » (*J. des Faill.*, 1891, pp. 522-525).

¹ Voir notamment *J. des Faill.*, 1891, p. 479 ; 1892, p. 144 ; 1893, p. 48.

remarque entre le régime de 1838 et celui de 1889 une différence très sensible quant aux dividendes distribués. Ainsi le dividende moyen touché par les créanciers d'une liquidation judiciaire est de 35, 95 % en 1890, de 35, 15 % en 1891 et de 40, 30 % en 1892 ; pour les faillites, au contraire, le dividende moyen est de 20, 40 % en 1890, de 19,35 % en 1891 et de 22, 56 % en 1892. Ces chiffres nous dispensent d'insister sur la supériorité des avantages que retirent des liquidations judiciaires les créanciers.

En résumé, si le législateur de 1889, s'inspirant d'une pensée généreuse et même sociale, a adouci, au moyen d'une procédure bien comprise, les rigueurs de la Loi de 1838 au profit des débiteurs malheureux et de bonne foi, il est juste de reconnaître que sa réforme a positivement amélioré le sort des créanciers ; en particulier, c'est un fait que la liquidation judiciaire a rendu service à de grandes sociétés tombées en état de cessation de paiements en leur laissant conserver, au profit de leurs créanciers ou de leurs actionnaires, des droits dont l'état de faillite les eût dépossédés ¹.

SECTION II

VICES ET LACUNES DE LA LOI DE 1889

Dotée d'aussi précieux avantages, la Loi de 1889 constitue-t-elle le dernier terme du progrès ? Parfaite,

¹ A titre d'exemples nous citerons la Société des Métaux, la Société des Chemins de fer de Santa-Fé, le Crédit foncier colonial, etc. (*J. des Faill.*, 1893, p. 44).

elle devrait l'être, si on envisage les interminables travaux préparatoires qui ont précédé sa promulgation. Il n'en est rien cependant. Nous la trouvons souvent obscure, — trop restreinte dans son application aux seuls commerçants, — dangereuse par suite de la faculté de reporter dans un temps indéfini l'époque de la cessation des paiements, — inapte à favoriser le recrutement des contrôleurs, — et irrationnelle dans le système de déchéances qu'elle consacre.

§ 1^{er}. — De l'Obscurité de la Loi de 1889.

A l'exception de la partie de la loi qui concerne les assemblées des créanciers, la production, la vérification et l'affirmation des créances (art. 9, 11, 12, 13 et 14), le texte rend, en général, d'une façon peu précise la pensée des rédacteurs¹. De plus, un défaut de méthode très caractérisé saute aux yeux : c'est ainsi que dans un même article on rencontre parfois des paragraphes introduits par suite d'amendements, qui n'ont aucun rapport avec la disposition formant l'objet de cet article et qui auraient dû être reportés sous un autre ou faire l'objet d'une disposition particulière.

D'où provient une semblable négligence de la part du législateur ?

Deux reproches sérieux ont été adressés aux auteurs de la réforme : 1° ne se faisant pas une idée assez nette de l'institution qu'ils introduisaient dans notre droit,

¹ *Supra*, pp. 126-129 ; 143-146 ; 264 et 265 ; 266 et 267 ; 320 et 321 ; 351, note 1 ; 371 et 372 ; 416, note 1 ; 420, note 2, etc.

ils ont posé des règles de détail à la place de principes généraux, en telle sorte que certaines dispositions ne sont pas toujours très concordantes¹ ; 2° leur insuffisance de connaissances juridiques ou, si l'on veut, leur connaissance incomplète des principes de la législation existante, à laquelle ils se rattachaient ou qu'ils voulaient modifier, leur a fait commettre dans plusieurs circonstances des erreurs quelque peu graves².

Nous regrettons de ne pouvoir écarter ce double reproche, car il nous donne la clé de l'article 24, qui ouvre la porte à toutes sortes d'opinions pour ou contre (sans compter les systèmes qui distinguent), suivant qu'on assimile la Liquidation judiciaire à la Faillite ou qu'on l'en sépare. A cet article il faut rapporter les difficultés multiples qu'a soulevées la législation nouvelle presque aussitôt après sa mise en vigueur, notamment au point de vue de la suspension des poursuites individuelles³, et c'est encore ce même article qui, dans le cours de notre travail, nous a contraint de souligner trop souvent des mots : « semble-t-il..., peut-être..., sans doute... », nos analogies avec la matière des

¹ Tel par exemple le n° 1 du second alinéa de l'article 19, où il est parlé de période suspecte et d'actes nuls à propos d'un régime basé sur la bonne foi. (V° *supra*, pp. 164 et suiv.). Adde, p. 196, note 1 ; p. 325, note 1 ; p. 344, note 1.

² Comme pour le renvoi aux articles 446-449 du Code de commerce, inséré dans l'article 19, al. 2, 1° (V° *supra*, p. 326, note 1, et p. 327 ; p. 354, note 2 ; pp. 410-412). On relève effectivement des assertions étranges dans la discussion de la loi et dans les rapports auxquels elle a donné lieu (Voir, relativement à ces deux griefs, Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, p. 704, note 1 ; Rataud, à son cours ; Bailly, *op. cit.*, p. 6, note 1 *in fine*, et p. 8, note 1 *in fine*).

³ *Supra*, pp. 186 et suiv.

faillites. Il n'y a rien de fixe sur une quantité de points. En tout cas, les rédacteurs de la loi ne se sont pas suffisamment rendu compte de la portée de leur article 24 ; sans quoi, ils auraient éliminé un bon nombre de dispositions inutiles, par exemple en ce qui concerne plusieurs effets du jugement déclaratif de liquidation ¹.

La Loi du 4 avril 1890 a déjà dissipé l'obscurité du texte de l'article 5 de la Loi du 4 mars 1889 ² ; à défaut d'autre interprétation législative, force sera donc à la jurisprudence et à la doctrine de faire avec le temps la lumière complète.

§ 2. — De l'Application trop restreinte de la Loi de 1889.

Le législateur de 1889 a réservé aux seuls commerçants le bénéfice de son innovation, suivant en cela l'exemple de son devancier qui n'avait pas cru devoir appliquer la faillite aux non commerçants.

Les règles relatives à la déconfiture n'ont donc pas changé. « L'état de déconfiture n'est pas constaté par un jugement *ad hoc*, produisant un effet absolu à l'égard de tous les intéressés ; il n'y a point de dessaisissement, point de procédure d'ensemble ; les créanciers n'ont pas de mandataire commun ; chacun pourvoit à ses intérêts comme il l'entend et on ne met pas les créanciers absents ou inconnus en demeure de faire valoir leurs prétentions. Les actes préjudiciables faits par le débi-

¹ *Supra*, pp. 198, 205, 209, 214, etc.

² *Supra*, p. 191.

teur peuvent seulement être attaqués par l'action paulienne. Les créanciers sont libres d'accorder des délais ou des remises à leur débiteur, mais chacun ne le fait que si cela lui convient et aucune majorité ne peut lier la minorité. A ce point de vue, le non commerçant est dans une situation plus défavorable que le commerçant ; mais aussi n'est-il pas exposé aux peines et n'encourt-il pas les déchéances prononcées contre le failli ou le débiteur en liquidation ¹. »

Ce tableau en raccourci de l'état de déconfiture révèle une lacune dans notre législation actuelle.

Sans vouloir nous appesantir outre mesure sur un point qui touche plutôt à la législation civile qu'à la législation commerciale, nous nous étonnerons néanmoins que deux situations, qui impliquent le même élément de fait essentiel, à savoir l'impossibilité ou le refus par un débiteur de tenir ses engagements, se traduisent, au point de vue de leur liquidation, par des différences aussi tranchées. Parmi les gens qui tombent en déconfiture, il en est qui sont malheureux et de bonne foi, d'autres qui renferment une âme de francs voleurs ; pourquoi la Liquidation judiciaire ne s'appliquerait-elle pas aux premiers et la Faillite aux seconds ? Nous ne le voyons pas.

Est-il vrai que l'assimilation des non commerçants aux commerçants rendrait « incalculable » le nombre des faillites à ouvrir chaque jour, et que, « à moins de modifier la loi civile, on ne pourrait arriver à une liqui-

¹ Lyon-Caen, *Manuel*, p. 709, n° 967 *quater*.

dation qu'après les plus grandes difficultés¹ ? Pas du tout. Nous sommes convaincu au contraire qu'avec un peu de bonne volonté le législateur arriverait à « calculer » le nombre des faillites qu'il serait nécessaire d'ouvrir et à dégager les liquidations des obstacles qui pourraient les entraver.

La nature des opérations commerciales, le crédit qui en forme la base et les risques qu'elles entraînent expliquent sans doute la condition tout à la fois rigoureuse et favorable dans laquelle le législateur a placé le débiteur commerçant ; de même le grand nombre et l'éloignement des créanciers d'un commerçant nécessitent une protection spéciale. C'est pourtant à nos yeux une iniquité que de frapper le commerçant en faillite de déchéances politiques et le liquidé de l'inéligibilité, alors qu'un non commerçant, criblé de dettes et de poursuites de la part de ses créanciers, reste électeur et éligible ! La distinction entre le caractère commercial et le caractère civil est en somme bien subtile : dans une société, organisée comme la nôtre, tout le monde trafique plus ou moins. Et voilà que des individus ou des associations, par exemple les sociétés formées pour l'exploitation des mines ou spéculant sur l'achat et la revente des immeubles, peuvent se livrer à des opérations considérables et périlleuses, grâce à un caractère civil qui les met à couvert de la Faillite et de la Liquidation judiciaire ! Il y a là un danger de premier ordre.

¹ V° en ce sens rapport de M. Laroze en date du 16 juin 1887 à la Chambre des députés (*J. Off.*, Doc. parl. de novembre 1887, p. 878).

Une réforme s'impose d'autant plus qu'on observe en ce siècle un accroissement prodigieux du nombre des sociétés qui se fondent, auquel correspond un plus grand nombre de sociétés importantes qui s'écroulent¹.

La matière des sociétés commerciales n'a, malgré cela, trouvé qu'une place infime dans les préoccupations des législateurs de 1838 et de 1889. Quatre articles forment toute notre législation commerciale sur la faillite des sociétés (C. comm., art. 438, al. 2; 458, al. 2; 531 et 604, al. 2); encore ces textes sont-ils uniquement relatifs à la faillite des sociétés en nom collectif ou en commandite : il n'y est pas question de la faillite des sociétés anonymes. De la Loi du 4 mars 1889, l'article 3 et l'article 4, al. 2, concernent seuls les sociétés; le progrès sur la loi précédente est qu'il y est traité de la cessation de paiements des sociétés anonymes et qu'ainsi se trouve tranchée l'ancienne controverse sur la légalité de la faillite de ces sortes de sociétés². On devra donc, faute de textes, s'en rapporter, comme par le passé, à la jurisprudence; on continuera d'éprouver la même incertitude dans un ordre de choses difficiles à démêler.

Quant aux sociétés civiles, c'est toujours la liquidation

¹ Qui ne se souvient des ruines individuelles amoncelées autour du krach de 1882? Le nombre des faillites ouvertes sous l'influence de la crise financière de cette époque s'était accru d'un quart en trois ans (de 6,966 en 1883 à 8,759 en 1886); depuis l'année 1886 il est entré dans une période de décroissance : 8,126 faillites ont été déclarées en 1887 et 7,754 en 1888. Pour le département de la Seine, le chiffre, qui s'était élevé de 1,806 en 1883 à 2,280 en 1886, est descendu à 1,926 en 1887 et à 1,692 en 1888 (*J. des Faill.*, 1891, p. 520).

² *Supra*, p. 109, note 1.

par les soins d'un liquidateur social. Or, il paraît impossible qu'un ou plusieurs liquidateurs, quelles que soient leurs connaissances et leur honorabilité, puissent liquider des entreprises considérables loin de la justice personnifiée par un juge-commissaire et en dehors de la surveillance des créanciers représentés par des contrôleurs. Le Gouvernement a tellement eu le sens de cette vérité, que, ne voulant pas se lancer dans la confection d'une loi générale sur la liquidation des sociétés civiles, il a fait pour la liquidation des affaires de Panama une loi particulière, sorte de jalon qui indique la marche à suivre pour entrer plus avant dans la voie du progrès. En effet, la Loi *relative à la Liquidation de la Compagnie universelle du Canal interocéanique de Panama*, en date du 1^{er} juillet 1893 ¹, contient manifestement comme une couleur de faillite ou de liquidation judiciaire : elle est venue suspendre le droit de poursuite individuelle des créanciers de la société et concentrer le droit de poursuivre la société entre les mains d'un « liquidateur » nommé par justice (art. 1 et 2) ; elle a prescrit à ce liquidateur d'inviter, par avis inséré au *Journal Officiel*, les intéressés à produire leurs titres de créance, sous peine de forclusion, dans le délai de six mois (art. 6), de procéder à la vérification et à l'admission des créances dans les formes déterminées par les articles 495 et 497, premier alinéa, du Code de commerce (art. 7) ; enfin, cette ingérence du tribunal civil de la Seine dans la réalisation de l'actif (art. 10 et 11) a dû être saluée, non seulement par les créanciers comme une sauvegarde

¹ *J. Off.* du 2 juillet 1893, p. 3369.

de leurs intérêts, mais encore par le liquidateur comme un amoindrissement de sa responsabilité.

Peu de temps après fut promulguée la Loi du 1^{er} août 1893 « *portant modification de la Loi du 24 juillet 1867 sur les Sociétés par actions* », aux termes de laquelle les sociétés par actions à formes commerciales ou qui seront constituées dans les formes de la présente loi seront commerciales, bien qu'ayant pour objet des opérations civiles, et elles pourront tomber en liquidation judiciaire ou en faillite ¹.

On en viendra, du moins nous en faisons le vœu, à réputer commerçants les administrateurs des sociétés anonymes et à admettre la faillite et la liquidation judiciaire pour toutes les sociétés civiles à formes commerciales. De là à étendre d'une façon absolue aux non commerçants l'une et l'autre procédure de liquidation, il n'y aura qu'un pas.

En résumé, on doit à tout le moins réglementer la déconfiture et accorder des garanties sérieuses aux créanciers des non commerçants : pour cela il faudrait organiser dans le Code de procédure civile une liquidation ou bien une faillite civile collective, régie par les mêmes principes fondamentaux que la faillite et la liqui-

¹ *Supra*, pp. 108 et 109. Des considérations pratiques ont fait ainsi prédominer la forme sur le fond ; c'est, après tout, ce qui est admis pour la lettre de change, qui constitue un acte de commerce à l'égard de tous les signataires, quelle que soit la nature des opérations à l'occasion desquelles ils y ont apposé leurs signatures (C. comm., art. 632 *in fine*). Le même système est à souhaiter pour les billets à ordre et pour les chèques. (Lyon-Caen et Renault, *Traité des Sociétés commerciales*, Appendice, Loi du 1^{er} août 1893, Paris, 1894, p. 35).

dation commerciales. Une réforme encore plus radicale nous séduirait davantage : la justice et la morale, d'accord avec l'utilité sociale, réclament l'extension *complète* de la législation des faillites et liquidations aux non commerçants ; car, depuis qu'on a introduit dans notre droit français des dispositions protectrices pour les débiteurs malheureux et de bonne foi, l'assimilation entière des non commerçants aux commerçants nous paraît une mesure qui ne comporte plus d'obstacles sérieux ¹.

§ 3. — Du Danger de reporter dans un temps indéfini
l'ouverture de la liquidation

Pas n'est besoin de revenir sur l'un des vices les plus importants de la Loi de 1889, qui parle de temps suspect et d'actes nuls dans une matière basée sur la bonne foi ; erreur qui suppose la possibilité de reporter l'ouverture de la liquidation ². Mais puisqu'il en est ainsi, le législateur de 1889 se fût montré sage en essayant de mettre un terme aux criants abus auxquels a donné lieu, à propos des nullités des articles 446 à 449 du Code de commerce, le pouvoir pour les tribunaux de reculer indéfiniment dans le passé la cessation des paiements. Dans certains procès par exemple, notés des praticiens, l'ouverture de la faillite a été reportée à sept, à quatorze, à vingt ans en arrière ; c'est trop.

¹ Voir dans le même sens Stelian, *La Faillite, Études de législation comparée et de droit international*, Paris, Larose et Forcel, 1885, pp. 21-36.

² *Supra*, pp. 164 et suiv.

Que dans l'intérêt de la masse, exposée à subir le préjudice d'opérations répréhensibles, on ne fasse pas coïncider nécessairement la date de la cessation des paiements avec le jugement déclaratif, très bien. Mais, c'est sacrifier complètement le principe de la stabilité des conventions à l'intérêt des créanciers que de faire remonter à une époque lointaine dans le passé la date de la cessation des paiements; c'est courir le risque de se tromper dans l'appréciation de faits dont on a perdu le souvenir; c'est enfin provoquer des procès interminables et suspendre durant des années entières le cours des liquidations ¹.

Si une limitation s'impose, à quel terme faut-il s'arrêter ?

Le Conseil d'État, dans son projet élaboré en 1882, demandait que les juges ne pussent faire remonter la cessation de paiements au delà d'une année antérieurement au jugement déclaratif ². Ce délai nous semble trop bref et peu rassurant; aussi lui préférons-nous, suivant l'opinion la plus en cours, un délai maximum de deux années ³.

Les créanciers n'en pourraient pas moins, en vertu de

¹ *Supra*, Introd., p. 21. Un certain nombre de législations étrangères nous donne l'exemple sur ce point (V° *Supra*, p. 167, note 1 *in fine*).

² *Supra*, Introd., p. 59.

³ C'est la limite que proposait M. de La Batie dans son amendement sur l'article 19 repoussé par la Chambre des députés (séance du 20 octobre 1888). Sic H. Coulon, *op. cit.*, p. 31; Desjardins, *Rev. des Deux-Mondes*, n° du 1^{er} nov. 1888. Adde Avis du Tribunal de commerce de Paris, de la Cour de Montpellier et d'un grand nombre de Chambres de commerce,

l'article 1167 du Code civil, faire annuler, comme ils en ont le droit aujourd'hui, les actes passés en fraude de leurs droits plus de deux ans avant la déclaration de faillite ou de liquidation, moyennant la preuve que le débiteur savait que par ses actes il se rendait insolvable ou qu'il creusait davantage son insolvabilité¹.

§ 4. — Du Recrutement difficile des Contrôleurs

Si excellente que soit en elle-même l'institution des contrôleurs, elle est ingrate, et elle menace de devenir platonique, moins parce qu'elle est facultative que parce qu'elle comporte des fonctions gratuites².

Les contrôleurs, en raison de la gratuité de leur mission, encourent sans doute une responsabilité moins étendue que celle des liquidateurs. Néanmoins, contrôler constitue une obligation difficile et absorbante, qui dépasse vraiment la moyenne de désintéres-

¹ V° en ce sens Avis du Tribunal de commerce de Paris. — Lyon-Caen (*Précis*, t. II, p. 915 *c*) se déclare également partisan de limiter les reports d'ouverture; il voudrait seulement qu'une disposition spéciale frappât de nullité les donations, en y comprenant les constitutions de dot, faites durant un certain nombre d'années avant le jugement déclaratif, parce que l'annulation de libéralités n'a pas, au point de vue du crédit, d'aussi graves inconvénients que celle d'opérations à titre onéreux et qu'il importe de se montrer rigoureux à l'égard d'actes aussi préjudiciables pour la masse des créanciers.

² *Supra*, p. 278 note 1 et p. 282. Goirand (*op. cit.*, p. 101) va certainement trop loin en disant que la *faculté*, introduite dans la loi, de nommer des contrôleurs, équivaut à la suppression de fait de cette institution.

sement que la plupart des hommes sont capables d'accorder ; la preuve en est que, au dire des statisticiens, sur dix liquidations judiciaires il y en a sept dans lesquelles, soit à Paris, soit en province, on ne rencontre pas de contrôleurs.

Pour éviter que le liquidateur ne se trouve, comme autrefois le syndic de faillite, dans la nécessité d'agir en dehors de la surveillance de créanciers délégués, il nous semblerait pratique d'activer le bon vouloir de ceux-ci par la perspective d'une sage rémunération.

§ 5. — De l'illogisme du système de déchéances consacré par la Loi de 1889

Le législateur, pénétré de l'idée d'imaginer pour le débiteur de bonne foi un régime plus doux que celui de la faillite et qui le détermine à déposer au plus tôt son bilan, s'est ému au spectacle de ce négociant honnête et malheureux, plus malheureux que coupable, accablé par le sort et que des revers immérités ont conduit à la cessation de ses paiements ; à la réserve de la création des contrôleurs, sa compassion envers le débiteur non coupable lui a détourné l'esprit de l'intérêt des créanciers ou, du moins, si, comme nous l'avons exposé, il a amélioré leur sort, il ne l'a fait cependant que d'une façon indirecte ou accessoire. L'utilité qui découle de la liquidation judiciaire pour les créanciers nous apparaît ainsi comme une conséquence des prérogatives octroyées au débiteur de bonne foi, lequel reste le maître de ne pas solliciter le nouveau traitement de faveur et par consé-

quent de priver ses créanciers des avantages qu'ils y auraient trouvés.

Et pourtant, « entre le créancier qui n'est pas payé et le débiteur qui ne paie point, la justice veut que ce soit surtout le malheur du créancier qui excite l'intérêt ou provoque la pitié¹ ». Car enfin, si l'on veut tenir rigueur aux créanciers d'avoir continué des relations trop confiantes avec un débiteur et de n'avoir pas poursuivi avec plus d'énergie la revendication de leurs droits, on conviendra qu'il est en somme peu de cessation de paiements dans lesquelles la responsabilité du négociant ne soit plus ou moins engagée. Ignorance des choses du commerce ou gestion maladroite, peu importe la cause déterminante de la catastrophe. Une faute, si minime soit-elle, se retrouve au fond de toute liquidation judiciaire comme de toute faillite ; autrement, les entreprises commerciales les plus hardies seraient à la portée du premier venu qui n'aurait d'autre bien qu'une ombre de crédit et saurait exactement n'encourir aucun risque en dehors de la liquidation judiciaire avec ses effets anodins.

Tout autre a été la pensée inspiratrice de la liquidation judiciaire : une sentimentalité extraordinaire en a fait un privilège dans l'intérêt du débiteur et qui ne profite qu'indirectement aux créanciers².

¹ Réponse que faisait M. Renouard à certaines considérations de sentiment qui lui étaient objectées en 1838.

² Peut-être avons-nous dans cette commisération du législateur l'explication d'une sévérité plus grande de la part des créanciers. Ainsi, d'après les rapports annuels du Président du Tribunal de commerce de la Seine, le nombre des faillites déclarées sur assi-

Ce manque d'équilibre entre les intérêts en jeu se dégage de la façon la plus saisissante du système d'incapacités qui caractérise la liquidation judiciaire.

La vérité est que la situation du débiteur après la clôture des opérations ne se comprend pas. Le liquidé judiciairement reste électeur, et cela d'une manière absolue, même quand il n'obtient pas de concordat. Il n'encourt d'autre incapacité que celle d'être inéligible.

Le dilemme que nous poserons au législateur est fort simple : rendez plus sérieuses les déchéances qui frappent le liquidé ; sinon, supprimez-les.

Les déchéances, maintenues par la Loi de 1889, ont-elles été considérées comme un moyen de contraindre le liquidé à rechercher la réhabilitation après l'acquittement de toutes ses dettes¹ ? Dans ce cas, elles sont insignifiantes. Est-il vraiment sérieux de supposer que la grande majorité des liquidés, une fois devenus riches, s'empresseront de rembourser l'intégralité de leurs dettes, afin de se réhabiliter et de recouvrer par ce moyen le droit d'être élus aux fonctions politiques ou commerciales ? Assurément non ; si les réhabilitations de faillis sont peu fréquentes, plus rares encore seront les réhabilitations de liquidés par cela même que les

gnation s'est élevé de 774 à 792 pour l'année 1889, alors que le total des faillites était quelque peu diminué (*Supra*, p. 438). En 1890, sur 1,377 faillites déclarées, 745 l'ont été sur assignation ; soit une moyenne de 54 %. En 1891, sur 1,290 faillites déclarées, 650 l'ont été sur assignation ; soit une moyenne de 50 %. En 1892, sur 1,303 faillites déclarées, 687 l'ont été sur assignation ; soit une moyenne de 52 %.

¹ V^o en ce sens paroles du rapporteur à la Chambre, dans la séance du 16 octobre 1888 (Max. Lecomte, *op. cit.*, p. 107).

déchéances qui les frappent se trouvent moins gênantes¹. Se contenter d'une fortune acquise au préjudice d'autrui semblera plus raisonnable aux yeux des liquidés que de courir après des distinctions honorifiques tout à fait incertaines. Le sacrifice coûtera peu ; car les liquidés, n'étant pas appelés à former la phalange ordinaire des candidats, sont privés par le législateur de certains biens qu'ils ne pourraient obtenir. Autrement rigoureuse eût été l'incapacité de voter, parce que légalement tout homme est électeur et que ne pas figurer sur les listes électorales constitue une infériorité pénible vis-à-vis de ses concitoyens. Et cependant, en pratique, que de gens au jour du vote négligent de se rendre aux urnes² ! Aussi, rien qu'au simple aperçu de la façon dont la masse se préoccupe d'élire, on s'imagine l'intensité du regret que ressentiront les liquidés de ne pouvoir être élus ! Si donc les créateurs de la liquidation judiciaire avaient voulu dans l'intérêt des créanciers rendre

¹ Dans les années 1890, 1891, 1892, 8, 13, 7 demandes en réhabilitation ont été formées par des faillis ; 8, 6, 5 réhabilitations, prononcées par la Cour, ont été lues à l'audience du Tribunal de commerce de la Seine (*J. des Faill.*, 1891, p. 478 ; 1892, p. 142 ; 1893, p. 46).

² Des élections législatives de 1893 il résulte que, dans la France entière (le département du Nord excepté), on se désintéresse malheureusement de plus en plus de la vie publique. Ce qui a caractérisé en effet cette consultation nationale, ce sont avant tout les abstentions, s'élevant à cinq millions deux cent mille, sur dix millions six cent quatre-vingt-dix mille électeurs inscrits ; elles s'élèvent donc à plus des deux cinquièmes, soit près de la moitié. La même apathie se rencontre pour toutes les autres sortes d'élections, qu'elles soient municipales, commerciales, etc.

moins spéculative la réhabilitation, ils auraient dû maintenir contre les liquidés certaines déchéances qu'ils ont au contraire réservées en propre aux faillis¹.

On objectera peut-être que des incapacités légères étaient commandées par la nécessité d'encourager les dépôts de bilan et de prévenir par conséquent les déclarations tardives qui préjudicient à la fois aux débiteurs et aux créanciers.

Sans doute, et nous avons reconnu que sur ce point le législateur avait obtenu de bons résultats. Mais alors, pourquoi a-t-on frappé même de déchéances modérées le débiteur qui a été reconnu digne de la liquidation judiciaire ? C'est, au dire du Rapporteur à la Chambre des députés, au nom de l'honneur commercial, pour distinguer l'un de l'autre le liquidé qui s'est libéré par le paiement d'un dividende et le commerçant qui a fidèlement rempli toutes ses obligations. « Si le législateur ne frappait d'aucune déchéance le commerçant qui ne paie pas ses dettes, il froisserait l'un des sentiments les plus vifs de nos concitoyens, le sentiment de l'honneur commercial. Comment admettre, en effet, que l'homme qui, pendant sa vie entière, au prix des plus grands sacrifices, avec une constance dont la base est dans la morale et qui doit être encouragée, a fidèlement exécuté tous les engagements qu'il avait contractés, se trouve assimilé à celui qui cause à ses créanciers

¹ Il eût encore été sage, pour faciliter les réhabilitations, de suivre les doléances de la Chambre de commerce de Lyon tendant à abaisser de 6 % à 3 % le taux des intérêts remboursables avec le principal par le réhabilité.

un grave préjudice *en trompant la confiance qu'ils lui ont accordée* ? Comment placer au même rang dans la société celui qui, après une chute, s'est courageusement réhabilité et celui qui, ayant obtenu de la bienveillance de ses créanciers une remise partielle de ses dettes, n'a jamais pensé que son devoir fût de consacrer ses forces à les payer entièrement¹ ? » Ce raisonnement contient en soi une large part de vérité ; mais, dans la bouche du Rapporteur, il constitue une réelle inconséquence. En effet, la liquidation judiciaire a été envisagée comme une institution reposant avant tout sur la bonne foi ; le débiteur qui en bénéficie ne saurait dès lors être en butte au reproche d'avoir *trompé la confiance* de ses créanciers. C'est un commerçant malheureux, que le sort, plus que sa faute personnelle, a empêché de réussir dans ses affaires et qui se rend à l'appel du législateur pour les liquider loyalement, sous le contrôle de la Justice, au mieux des intérêts de ses créanciers et tout à l'avantage de son propre honneur. A ce point de vue donc, les incapacités édictées en matière de liquidation judiciaire sont excessives et, comme telles, elles sont bonnes à supprimer.

En résumé, le législateur de 1889 s'est révélé, dans la combinaison de son système d'incapacités, ou trop clément, ou trop rigide ; il lui importe de se montrer plus radical dans un sens ou dans l'autre. S'il n'admet un jour aucune déchéance contre les liquidés, il sera sim-

¹ Rapport présenté par M. Laroze, le 16 février 1884, à la Chambre des députés (*J. Off.*, Doc. Parl. de mars 1884, p. 228, annexe n° 2632).

plement logique, à l'exemple des législations étrangères qui ont affranchi des conséquences de la faillite le débiteur gratifié d'un sursis de paiements ou d'un concordat préventif¹. S'il aggrave au contraire les déchéances qui pèsent aujourd'hui sur les liquidés, c'est que le besoin d'encourager les réhabilitations aura primé à ses yeux le devoir de rester dans la logique de son institution. De ces réformes, la première est principalement juridique, la seconde surtout moralisatrice ; l'une ou l'autre s'impose, mais, dans l'intérêt du commerce, nous préférons la plus rigoureuse pour le liquidé.

¹ *Supra*, p. 425, notes 1 et 2 (V^o Cohendy, *op. cit.*, p. 180, note 4).

CONCLUSION

D'aucuns trouveront sévères nos reproches à l'adresse du législateur de 1889. Il est vraisemblable, en effet, que des éloges mérités ne figurent pas dans notre énumération des avantages de la liquidation judiciaire ; il est certain cependant que nous aurions pu relever encore certains détails qui vicient le nouveau régime, tel qu'il se trouve établi. En tout cas, notre préoccupation constante a été que nos efforts de critique procèdent d'un esprit sincère, impartial, respectueux de la courte expérience des faits et de l'autorité des documents.

Il suffit désormais au commerçant de bonne foi de se montrer loyal dans ses aveux pour éviter la faillite avec ses conséquences désastreuses et devenir plus à même que par le passé de se tailler dans le monde une situation de fortune honorable. La liquidation judiciaire constitue donc à la fois la récompense du courage malheureux et une incitation au devoir de se relever ; c'est là un progrès appréciable sans doute, mais qui en appelle prochainement un autre.

Les années marchent et, avec elles, on pénètre plus avant dans le chemin des résultats concluants. Dès que

la Loi du 4 mars 1889 aura produit son plein effet, il importe d'attaquer au plus tôt l'étude de ce plan de réforme dans lequel doivent être fondues en un tout bien compris les règles anciennes de la faillite et les dispositions nouvelles de la liquidation judiciaire; car la loi nouvelle ne constitue, dans l'esprit du législateur, qu'une réforme partielle et la liquidation judiciaire n'est que le chapitre détaché d'un projet complet de revision de la législation des faillites.

Le Gouvernement fût-il tout disposé au sacrifice des millions que lui retrancheraient la simplification de la procédure, une diminution plus radicale des frais de justice que celle de la Loi de finances du 26 juin 1892, etc., arrivera-t-on jamais à édifier une œuvre à peu près irréprochable ? C'est douteux, parce que chaque faillite compte en réalité des mécontents aussi nombreux qu'il existe de parties en cause, et qu'alors on s'en prend à la loi, trop douce au gré de celui-ci, trop dure aux yeux de celui-là, toujours coûteuse pour la bourse de l'un et de l'autre. Avec les perpétuels bouleversements de législation qui se sont produits en Suisse, aux États-Unis, au Canada et surtout en Angleterre en vue d'arriver à une réglementation sage des faillites¹ cadre exactement le scepticisme de M. Renouard, pour qui : « Ni les enseignements de la pratique la plus expérimentée, ni les ressources de l'esprit le plus délié, ni les combinaisons de la prévoyance la plus sagace ne supprimeront en cette matière les difficultés qui tiennent

¹ V^o Thaller, *op. cit.*; Desjardins, *Rev. des Deux Mondes*, n^o du 1^{er} nov. 1888, p. 465.

à sa nature et qui mêlent leurs inévitables inconvénients à toutes les imperfections du législateur. Tout le monde perd dans une faillite ; la sagesse consiste non à empêcher ou à prévenir des sacrifices forcés, mais à les mesurer et à les coordonner. Or, on impute facilement à la loi les maux qui dérivent de la nécessité à laquelle la loi doit obéir ; et comme, dans aucun temps ni dans aucun pays du monde, une loi n'empêchera qu'une faillite ne soit une fort mauvaise affaire, il est à présumer que partout et toujours on se plaindra des législations sur les faillites. »

Aux législateurs à venir nous laissons le soin de faire mentir l'opinion pessimiste, d'après laquelle la meilleure loi sur les faillites ne peut être que le minimum de l'imperfection. Aux législateurs d'aujourd'hui nous demandons d'alléger cette tâche par tous les moyens, qui sont en leur pouvoir, d'inculquer dans l'esprit des commerçants les principes essentiels de droiture et de ponctualité ; moraliser le commerce, l'important est là.

TABLE DES MATIÈRES

De la Liquidation judiciaire

	Pages
PRÉLIMINAIRES	3
INTRODUCTION HISTORIQUE	9
PREMIÈRE PARTIE. — DE L'ORDONNANCE DE 1673 A LA PROMULGATION DE LA LOI DE 1838	11
§ 1 ^{er} . — De l'Ordonnance de 1673.....	12
§ 2. — Du Code de commerce de 1807.....	14
§ 3. — De la Loi du 28 mai 1838.....	18
A. — Lenteurs et frais.....	21
B. — Omnipotence des syndics.....	22
C. — Injustice.....	24
DEUXIÈME PARTIE. — LOI DU 4 MARS 1889	35
SECTION PREMIÈRE. — Décrets de 1848 et de 1870	35
SECTION II. — Travaux préparatoires de la loi du 4 mars 1889.	41
A. — Première période : Des élections du 14 octobre 1877 aux élections du 21 août 1881 (Deuxième Législature).	44
§ 1 ^{er} . — Proposition Desseaux, Dautresme et Richard Wad- dington.....	44
§ 2. — Résolutions proposées par le Comité Laplacette...	47
§ 3. — Proposition Saint-Martin.....	51

	Pages
B. — Deuxième période : Des élections du 21 août 1881 aux élections des 4 et 18 octobre 1885 (Troisième Légis- lature).....	52
§ 1 ^{er} . — Nouvelle proposition Saint-Martin.....	52
§ 2. — Nouvelle proposition Waddington et Dautresme...	56
§ 3. — Projet du Gouvernement.....	57
§ 4. — Projet de la Commission parlementaire nommée en 1882.....	64
§ 5. — Enquête gouvernementale. — Contre-projet de la Cour de cassation.....	66
§ 6. — Contre-projet Maxime Lecomte.....	69
C. — Troisième période : Des élections des 4 et 18 oc- tobre 1885 aux élections du 22 septembre et du 6 oc- tobre 1889 (Quatrième Législature).....	74
§ 1 ^{er} . — Proposition Laroze.....	74
§ 2. — Proposition Pally.....	75
§ 3. — Premier projet de la Commission parlementaire nommée en 1886.....	76
§ 4. — Proposition Millerand et amendement Maxime Lecomte.....	80
§ 5. — Second projet de la Commission parlementaire. — Loi du 4 mars 1889.....	84
DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE.....	101
CHAPITRE PREMIER. — Des Éléments constitutifs de la Liq- uidation judiciaire.....	103
SECTION PREMIÈRE — Conditions de fond.....	103
§ 1 ^{er} . — De la qualité de commerçant.....	103
A. — Des individus commerçants.....	105
B. — Des Sociétés commerciales.....	107
§ 2. — De la cessation de paiements.....	113
§ 3. — De la Bonne foi.....	118
SECTION II. — Condition de forme. — Jugement déclaratif de Liquidation judiciaire.....	119
§ 1 ^{er} . — De la Demande à fin de Liquidation judiciaire...	120
A. — De la requête présentée « par le commerçant »...	120
a. — De la présentation de la requête.....	120
b. — Du délai de présentation de la requête.....	123
c. — De la teneur de la requête.....	129

	Pages
B. — De la requête présentée « par les héritiers du commerçant ».....	131
C. — De la requête présentée « par une société commerciale ».....	134
§ 2. — De la Juridiction compétente pour déclarer la Liquidation judiciaire.....	137
§ 3. — De la Procédure du Jugement déclaratif de liquidation.....	141
A. — De la Procédure préparatoire du Jugement déclaratif.....	141
B. — De la Latitude laissée au Tribunal d'accorder ou de refuser la Liquidation judiciaire.....	143
C. — Des Dispositions que « doit » ou « peut » contenir le Jugement déclaratif de Liquidation judiciaire.....	146
D. — De la Publicité du Jugement déclaratif.....	151
§ 4. — Des Voies de recours contre le Jugement déclaratif de liquidation.....	155
 CHAPITRE II. — <i>Des Effets de l'ouverture de la Liquidation judiciaire</i>	 163
SECTION PREMIÈRE. — Des effets de l'ouverture de la Liquidation judiciaire « dans le passé ».....	164
SECTION II. — Des Effets de l'ouverture de la Liquidation judiciaire « pour l'avenir ».....	171
§ 1 ^{er} . — Effets « quant aux biens » du liquidé.....	171
A. — Dessaisissement partiel.....	172
B. — Influence de la Liquidation judiciaire « d'un associé » ou de la Liquidation judiciaire « d'une société » sur les rapports respectifs de l'un et de l'autre.....	176
1 ^o De la liquidation judiciaire « d'un associé ».....	176
2 ^o De la liquidation judiciaire « d'une société ».....	178
C. — Suspension des poursuites individuelles.....	186
D. — Exigibilité des dettes.....	198
E. — Cessation du cours des Intérêts.....	204
F. — Hypothèque de la masse.....	209
G. — Nullité des Inscriptions de privilèges ou hypothèques prises individuellement par les créanciers....	213
Exceptions :	
I. — Inscriptions purement conservatoires.....	217
II. — Inscriptions sur des biens nouveaux qui ne parviennent à la masse que grevés de leurs charges.....	219

	Pages
H. — Clôture du compte courant.....	226
I. — Restriction ou suppression de certains droits réels.....	226
1 ^o De la Revendication.....	228
2 ^o Des Privilèges.....	229
3 ^o Des Hypothèques.....	232
§ 2. — Effets « quant à la personne » du liquidé.....	234
 CHAPITRE III. — <i>Des Agents et Autorités qui composent le Personnel de la Liquidation judiciaire</i>	 241
SECTION PREMIÈRE. — Du Liquidé.....	242
Sous-section première. — Du Liquidé.....	242
§ 1 ^{er} . — Capacité du liquidé.....	242
A. — Actes que le liquidé peut faire seul.....	245
B. — Actes pour lesquels le liquidé doit avoir l'assistance du liquidateur.....	247
C. — Actes que le liquidé ne peut faire qu'avec l'assistance du liquidateur jointe à l'autorisation du juge-commissaire.....	247
D. — Actes qui exigent, indépendamment de l'assistance du liquidateur et de l'autorisation du juge-commissaire, l'avis des contrôleurs.....	248
E. — Actes qui réclament, en plus des conditions précédentes, l'homologation du Tribunal.....	248
§ 2. — Solution des conflits entre liquidé et liquidateur...	249
Sous-section II. — Des Représentants légaux de la société liquidée.....	253
§ 1 ^{er} . — Société non dissoute.....	254
§ 2. — Société dissoute ou annulée.....	258
SECTION II. — Du Liquidateur.....	259
§ 1 ^{er} . — Caractères généraux.....	260
§ 2. — Diverses sortes et nomination.....	262
§ 3. — Nombre.....	268
§ 4. — Attributions.....	269
§ 5. — Contrôle. — Honoraires. — Responsabilité.....	272
§ 6. — Remplacement et Révocation.....	273
SECTION III. — Des Contrôleurs.....	274
§ 1 ^{er} . — Caractères généraux.....	275
§ 2. — Nomination facultative.....	277
§ 3. — Attributions.....	279

	Pages
A. — Attributions de surveillance.....	279
B. — Fonctions consultatives.....	280
§ 4. — Gratuité et Responsabilité.....	282
§ 5. — Remplacement et Révocation.....	283
A. — Proposition du Juge-commissaire.....	284
B. — Avis conforme de la majorité des créanciers.....	285
C. — Jugement du Tribunal de commerce.....	285
SECTION IV. — Du Juge-Commissaire.....	286
§ 1 ^{er} . — Caractère.....	286
§ 2. — Nomination et Remplacement.....	287
§ 3. — Attributions.....	288
A. — Contrôle.....	288
B. — Rapports.....	289
C. — Ordonnances.....	291
SECTION V. — Du Tribunal de commerce.....	294
§ 1 ^{er} . — Attributions.....	294
A. — Attributions gracieuses.....	294
B. — Attributions contentieuses.....	295
§ 2. — Voies de recours.....	296
SECTION VI. — Des créanciers.....	298
§ 1 ^{er} . — De la Masse.....	298
§ 2. — Des Créanciers considérés individuellement.....	301
SECTION VII. — Du Ministère public.....	305
SECTION VIII. — Du Greffier.....	306
CHAPITRE IV. — <i>De la Procédure préparatoire aux Solutions de la Liquidation judiciaire</i>	309
SECTION PREMIÈRE. — Des mesures concernant l'actif.....	309
§ 1 ^{er} . — De l'Obligation d'arrêter les livres du débiteur...	310
§ 2. — De l'Inventaire.....	311
§ 3. — De l'Inscription des hypothèques au profit de la masse	313
§ 4. — Mesures de gestion.....	314
A. — Actes conservatoires.....	315
B. — Recouvrement des effets et créances exigibles.....	316
C. — Continuation du commerce du liquidé.....	318
1 ^o Autorisation du Juge-commissaire.....	319
2 ^o Assistance du liquidateur.....	320
D. — Exercice des actions en justice.....	322

	Pages
E. — Actes de désistement, de renonciation ou d'acquiescement.....	324
F. — Transaction.....	325
G. — Vente.....	329
H. — Secours au liquidé.....	332
SECTION II. — Des Mesures concernant le passif.....	333
<i>Sous-section première. — Première réunion des créanciers.....</i>	<i>334</i>
§ 1 ^{er} . — Convocation des créanciers.....	334
§ 2. — Objet de la réunion.....	336
A. — Situation du débiteur.....	336
B. — Nomination des liquidateurs définitifs.....	338
C. — Utilité de l'élection des contrôleurs.....	339
§ 3. — Procès-verbal de la réunion.....	339
<i>Sous-section II. — Deuxième réunion des créanciers dite « première assemblée de vérification ».....</i>	<i>340</i>
§ 1 ^{er} . — De la Production des titres.....	340
A. — Dépôt des titres.....	341
B. — Responsabilité des dépositaires.....	342
§ 2. — De la première assemblée de vérification.....	344
A. — Convocation des créanciers.....	344
B. — Des créanciers soumis à la procédure de vérification et d'affirmation.....	346
C. — Formalités de la vérification et de l'affirmation...	351
<i>Sous-section III. — Troisième réunion des créanciers dite « seconde assemblée de vérification ».....</i>	<i>355</i>
§ 1 ^{er} . — De la seconde assemblée de vérification.....	356
§ 2. — De la condition des créanciers après les assemblées de vérification.....	359
A. — Du créancier « admis ».....	359
B. — Du créancier « contesté ».....	362
C. — Du créancier « retardataire ».....	365
CHAPITRE V. — <i>Des diverses Solutions de la Liquidation judi- ciaire</i>	<i>369</i>
SECTION PREMIÈRE. — Du Concordat.....	373
<i>Sous-section première. — Formation.....</i>	<i>374</i>
§ 1 ^{er} . — Formation du Concordat « dans la liquidation judiciaire de l'individu commerçant ».....	374
A. — Vote avec double majorité.....	374

	Pages
B. — Signature du concordat séance tenante.....	381
C. — Bonne foi du liquidé.....	383
D. — Homologation du concordat.....	385
§ 2. — Particularités relatives à la formation du concordat « dans la liquidation judiciaire des sociétés ».....	387
A. — Sociétés « existantes ».....	387
1 ^{re} Sociétés en nom collectif et en commandite.....	388
2 ^o Société anonyme.....	389
B. — Sociétés « dissoutes ou annulées ».....	389
<i>Sous-section II. — Effets.....</i>	<i>391</i>
§ 1 ^{er} . — Effets dans la liquidation judiciaire « des indi- vidus ».....	392
A. — Effets du concordat « simple ».....	392
B. — Effets du concordat « par abandon d'actif ».....	394
§ 2. — Effets dans la liquidation judiciaire « des sociétés »	397
A. — Un concordat est accordé à la société et non aux associés ou à certains d'entre eux.....	398
B. — Un concordat est refusé à la société et consenti à un ou plusieurs associés.....	399
<i>Sous-section III. — Causes d'extinction.....</i>	<i>401</i>
SECTION II. — De la Liquidation de l'actif.....	402
SECTION III. — De la Déclaration de faillite.....	406
<i>Sous-section première. — Cas de transformation.....</i>	<i>408</i>
§ 1 ^{er} . — Cas de retrait facultatif.....	408
§ 2. — Cas de retrait obligatoire.....	410
<i>Sous-section II. — « Conséquences » de la déclaration de faillite.....</i>	<i>418</i>
§ 1 ^{er} . — Hypothèse du défaut de concordat.....	419
§ 2. — Autres hypothèses de déclaration de faillite.....	421
 EXAMEN CRITIQUE DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE.	 425
SECTION PREMIÈRE. — Avantages de la Loi de 1889.....	426
§ 1 ^{er} . — Du Principe de la Loi de 1889.....	427
§ 2. — Du Mécanisme de la Loi de 1889.....	428
§ 3. — Du But de la Loi de 1889.....	436
§ 4. — Avantages de la Loi de 1889 pour les débiteurs....	439
§ 5. — Avantages de la Loi de 1889 pour les créanciers....	440

	Pages
SECTION II. — Vices et Lacunes de la Loi de 1889.....	444
§ 1 ^{er} . — De l'Obscurité de la Loi de 1889.....	445
§ 2. — De l'Application trop restreinte de la Loi de 1889...	447
§ 3. — Du Danger de reporter dans un temps indéfini l'ouverture de la liquidation.....	453
§ 4. — Du Recrutement difficile des Contrôleurs.....	455
§ 5. — De l'illogisme du système de déchéances consacré par la Loi de 1889.....	456
CONCLUSION	463

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I

L'ordre historique dans lequel ont été introduits les remèdes contre la fraude du débiteur est le suivant :

- 1° Interdit fraudatoire ;
- 2° Action paulienne réelle fictice ;
- 3° Action paulienne personnelle *in factum* ;
- 4° Loi *Ælia Sentia*.

II

La théorie des trois fautes : *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima*, est une invention des commentateurs.

III

A l'époque classique, l'« *infantia* » ne cessait qu'à sept ans.

I V

Le mariage se forme par le seul effet du consentement (*solo consensu*), indépendamment de toute formalité extérieure.

DROIT FRANÇAIS

I

La vente de la chose d'autrui est simplement annulable.

II

Le droit résultant de la séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilège ; il n'engendre pas un droit de suite et il ne procure pas le bénéfice de l'indivisibilité.

III

Le droit de rétention peut être accordé en dehors des cas prévus par la loi, chaque fois qu'il existe une connexité entre la chose retenue et la créance du rétenteur.

I V

Au cas de remploi facultatif opéré pour le compte de

la femme, la ratification faite *ex intervallo* par celle-ci rétroagit au jour de la vente faite au mari.

ÉCONOMIE POLITIQUE

I

L'exploitation des chemins de fer par les Compagnies privées est préférable à l'exploitation par l'État.

II

Le monométallisme est le seul système logique.

DROIT CRIMINEL

I

Le fait de donner la mort à un homme résolu à se tuer, et sur sa prière, tombe sous le coup de la loi pénale.

II

Le délit commis contre la mémoire d'un défunt ne peut pas être poursuivi par ses héritiers.

DROIT CONSTITUTIONNEL**I**

Le droit de priorité de la Chambre pour la discussion des lois de finances n'a plus aujourd'hui de raison d'être.

II

Le principe de la dualité des Chambres est préférable à celui de l'unité du pouvoir législatif.

VU :

Le Professeur, Président de la thèse,

D. DANJON.

VU :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Caen,

E. ZEVORT.

ANGERS

IMPRIMERIE LACHÈSE ET C^{ie}

4, CHAUSSÉE SAINT-PIERRE, 4